U d /of Ottawa
39003020768106

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

II

HAVRE. — IMPRIMERIE DU COMMERCE, 3, RUE DE LA BOURSE.

(Don)

TRAITÉ
DU DOL ET DE LA FRAUDE
EN MATIÈRE
CIVILE & COMMERCIALE

PAR

J. BÉDARRIDE

Avocat près la Cour d'appel d'Aix, ancien Bâtonnier,
Membre correspondant de l'Académie de Législation de Toulouse,
Officier de la Légion d'Honneur.

REVU ET ANNOTÉ

PAR

H. F. RIVIÈRE

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION

Université d'Ottawa
BIBLIOTHÈQUES
LIBRARIES
University of Ottawa

QUATRIÈME ÉDITION

TOME DEUXIÈME

PARIS
LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ
CHEVALIER-MARESCQ & Cie, ÉDITEURS
20, Rue Soufflot, 20

1887

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
U. d'O.
U. of O.
LAW LIBRARY

KJV
Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto
1887
v. 2

http://www.archive.org/details/traitdudoletd02bd

TRAITÉ

DU DOL ET DE LA FRAUDE

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DOL

SECTION IV.

DOL DANS LES JUGEMENTS

§ II.

De la prise à partie.

SOMMAIRE

448. Motifs de la prise à partie.
449. Inconvénients de l'admission de cette voie. Dangers pouvant résulter de sa prohibition.
450. Coup d'œil historique.
451. Abrogation de l'ancienne législation par la loi du 3 brumaire an IV et plus tard par le Code de procédure.

452. Cas donnant ouverture à l'action.
453. Différence en cette matière entre le dol et la fraude.
454. Différence dans leur origine. Conséquences.
455. Différence dans les faits à prouver.
456. Leurs effets.
457. La concussion se place sur la même ligne que le dol.
458. Conduite que le magistrat doit tenir envers les plaideurs.
459. Admissibilité de la preuve testimoniale.
460. Caractère du déni de justice.
461. Mode de sa constatation.
462. L'article 505 du Code de procédure civile est essentiellement limitatif.
463. Difficulté relativement à la faute lourde.
464. Sa solution.
465. Regret de M. Chauveau sur la doctrine de la Cour de cassation.
466. Réponse.
467. Examen de l'opinion de Toullier.
468. Contre qui peut être dirigée la prise à partie.
469. Est-elle recevable contre les arbitres ?
470. Position que fait au juge l'admission de la requête. Conséquence.
471. Influence de cette admission sur la décision attaquée.
472. Effets de l'arrêt admettant la prise à partie par rapport : 1° au juge ; 2° à la décision.
473. *Quid* si la partie a coopéré au dol du juge ?
474. La condamnation contre le juge peut entraîner la contrainte par corps.

448. — Si dans le Code, disait l'orateur du gouvernement, on avait pu se décider par les sentiments de respect qu'inspirent en France, plus que partout ailleurs, l'impartialité, l'exactitude et l'extrême délicatesse des magistrats, on n'y aurait pas même prévu qu'il pût s'en trouver dans le cas d'être pris à partie. Mais ne suffit-il pas que des exemples, quelque rares qu'il soient, puis-

sent se présenter, pour que la magistrature entière doive être satisfaite qu'il y ait une loi sévère, sous l'égide de laquelle les parties lésées peuvent obtenir la réparation qui leur est due.

449. — Evidemment l'écueil, en cette matière, résidait dans un parti extrême, soit qu'on abandonnât la prise à partie au gré des plaideurs malheureux, soit qu'on la prohibât d'une manière absolue.

Le premier système offrait de graves, de nombreux inconvénients. Rien de plus dangereux, pour l'ordre social lui-même, que de livrer le juge aux passions haineuses de ceux qu'il a dû condamner. Dès cet instant, disait un avocat général au parlement de Grenoble, avili par l'opinion même de la loi, le magistrat serait dégradé dans ses fonctions; son autorité, liée à la dignité de son caractère, s'affaiblirait comme elle, et lorsque le juge serait sans considération, la loi serait sans force.

La proscription absolue de tout recours n'offrait pas de moindres périls, quoique dans un autre ordre d'idées. Dégagé de toute crainte, le magistrat aurait pu se livrer à ses passions, sous le voile de l'accomplissement d'un devoir. Or, ajoutait le même magistrat, le plus grand crime des administrateurs de la justice serait de la trahir quand ils paraissent la rendre. Etablir comme une régle que dès qu'un homme est décoré du titre de juge, il est inaccessible à la prévarication, ce serait mal connaître la faible humanité, ouvrir la barrière à d'odieux abus et consacrer quelquefois la plus révoltante iniquité.

450. — Le besoin de répression contre les magistrats prévaricateurs était donc impérieusement indiqué. Cette

nécessité a été sentie par tous les peuples. L'histoire est là pour nous montrer que les peines corporelles les plus cruelles ont puni de pareils forfaits. Il est donc vrai de dire que la prise à partie se retrouve dans les plus anciennes législations, sous des formes empreintes dans chacune du caractère, du génie et des mœurs de la nation. Les Romains l'avaient formellement consacrée. [1]

En France, la partie qui avait succombé pouvait, dans les premiers temps, appeler le juge à défendre, l'épée à la main, le bien jugé de sa sentence ; plus tard, et lorsque la faculté d'appel fut reconnue, le juge qui avait prononcé devenait l'intimé principal et devait plaider à l'appui de son jugement. Cet état de choses soulevant des plaintes unanimes, une ordonnance de François 1er le fit cesser, en déclarant que l'appel devait être dirigé contre la partie. Mais le juge ne dut pas moins être intimé. De partie principale il devint partie jointe, mais nécessaire.

Le premier édit qui restreignit la faculté illimitée d'actionner le juge est l'ordonnance de 1540. Cette ordonnance, relative à l'administration de la justice en Normandie, défend de prendre le juge à partie, *sinon que l'on maintienne par relief qu'il y ait dol ou fraude, ou concussion, ou erreur évidente en fait ou en droit.* [2]

L'ordonnance de Blois, de 1579, rendit ce principe commun aux autres provinces, celle de 1667 le confirma. La seule modification que cette dernière introduisit fut de multiplier les cas légaux de prise à partie.

451. — Ces ordonnances formèrent le droit commun

[1] L. 15, § 1 et 40, § 1, Dig *De judiciis.*

[2] *Collection* d'Isambert, tom XII, pag. 709.

de la France jusqu'à la loi du 3 brumaire an IV. Plus tard, le Code de procédure est venu définitivement régler le principe et les formes de la prise à partie.

452. — Aux termes de l'article 505, cette voie d'attaque contre les juges n'est ouverte que dans l'une des quatre hypothèses suivantes : 1° s'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors du jugement ; 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; 3° si la loi déclare le juge personnellement responsable, à peine de dommages-intérêts ; 4° s'il y a déni de justice.

De ces quatre hypothèses, deux appartiennent plus particulièrement à la matière que nous examinons, à savoir : la première et la quatrième. C'est aussi d'elles seules que nous nous occuperons.

453. — Le dol et la fraude, que la pratique confond assez habituellement, ont ici une acception spéciale qu'il ne faut pas perdre de vue. Identiques dans leurs effets, ils diffèrent dans les caractères qui les constituent. Ainsi et par rapport à la prise à partie, le dol consistera dans les machinations ou les artifices qu'un juge se sera permis à l'encontre d'une partie. Il y aura fraude lorsque, volontairement et dans le dessein de nuire, le juge aura ouvertement violé la loi qu'il était chargé d'appliquer.

454,— Le dol peut se réaliser soit dans le cours de l'instruction, soit au moment du jugement ; la fraude ne résulte que du jugement lui-même. Ce n'est qu'alors, en effet, que le préjudice qu'elle a pour but d'occasionner se manifeste.

De là cette conséquence que le fait qualifié fraude, et

sur l'existence duquel il ne saurait y avoir doute, peut n'être que le résultat d'une erreur involontaire. Il est même présumé tel jusqu'à preuve contraire. Le dol, au contraire, emporte par lui-même l'idée d'une intention évidemment mauvaise.

En effet, les manœuvres, les artifices qui le caractérisent ne permettent guère d'équivoquer sur l'esprit qui a dicté les unes ou les autres. Comment le juge pourra-t-il intentionnellement se justifier d'avoir, par des moyens fallacieux, amené la partie à des aveux ou à des concessions qu'elle ne devait pas? D'avoir ajouté ou retranché à la déposition des témoins qu'il a entendu? Comment le rapporteur d'un procès innocentera-t-il le fait d'avoir soustrait d'un dossier, ou dissimulé dans son rapport, une pièce décisive pour la partie? D'avoir présenté comme certains des faits qu'il sait être faux? Comment enfin le président, qui après la prononciation du jugement en altère la rédaction en y ajoutant ou en diminuant, pourra-t-il persuader de sa bonne foi? Chacun de ces faits est trop contraire à la loyauté qu'exigent les fonctions de magistrat, pour qu'on puisse se méprendre sur l'intention qui les a dictés.

455. — Mais, à la différence de la fraude, le dol ne résultera jamais du jugement, en ce sens que les faits qui le constituent ne ressortiront jamais du rapprochement de celui-ci avec le texte de la loi. Dès lors, s'il est vrai que la fraude, comme le dol, doit être prouvée, il n'est pas moins certain qu'il y aura dans la preuve offerte cette distinction importante que celle de la fraude devra porter sur l'intention du juge, et celle du dol sur l'existence des faits dont on veut le faire résulter.

456. — L'une ou l'autre de ces preuves admise et rapportée, la prise à partie doit réussir, sans que la juridiction saisie ait à s'enquérir du mobile qui a poussé le juge. Il importe peu qu'il ait obéi à ses propres inspirations ou suivi l'impulsion d'une volonté étrangère. Il a, dans tous les cas, manqué à ses devoirs, et dès lors justement encouru la peine prononcée par la loi.

457. — La concussion est placée sur la même ligne que le dol et la fraude. Cela est d'autant plus rationnel que ceux-ci ne sont souvent que la conséquence immédiate de l'autre. Aussi cette dernière est-elle appréciée beaucoup plus sévèrement par la loi qui la considère et la punit comme un crime.

Dès lors la preuve de la concussion donnerait lieu non-seulement à la pénalité édictée par la loi criminelle, mais encore à la prise à partie, dont les effets entraîneraient l'obligation, pour le juge, de réparer le préjudice qu'il aurait causé.

458. — La corruption tentée contre les juges n'agit pas toujours ouvertement; elle sait revêtir des formes tellement adroites, elle se produit par des moyens en apparence si innocents, que le juge se trouve enlacé sans s'en douter, et comme malgré lui, dans les filets dont elle a su l'envelopper. Le magistrat jaloux de sa considération ne saurait donc se montrer trop susceptible contre l'audace de certains plaideurs. L'objet de la plus minime valeur, le cadeau le plus indifférent, le service le plus faible doit être impitoyablement refusé. La magistrature est à l'instar de la femme de César : elle ne doit pas même être soupçonnée.

459. — Le dol, la fraude, la concussion peuvent, dans le sens que nous venons d'indiquer, devenir, en cas de dénégation, l'objet d'une preuve testimoniale. Il est facile de comprendre que les faire dépendre d'une preuve, ou même d'un commencement de preuve par écrit, c'était en rendre la répression impossible. C'est dans cette prévision que la loi n'exige l'annexe des pièces justificatives que s'il en existe. Mais, à défaut, la requête doit contenir l'articulation précise des faits de dol, de fraude ou de concussion. Si ces faits sont graves et pertinents, la preuve ne saurait en être refusée.

460. — Le déni de justice constitue une véritable forfaiture. Institué pour rendre la justice, le magistrat la doit à tous sans faveur, sans préférence. Il manque donc au premier de ses devoirs, lorsqu'il refuse de se prêter aux réclamations de ceux qui recourent à son ministère.

Le déni de justice, sévèrement apprécié par les législations qui se sont succédées, constitue, sous l'empire du Code de procédure, un dol présumé. Cette présomption est de telle nature qu'elle n'admet même pas la preuve du contraire. Le législateur n'a pas pu supposer la possibilité de la bonne foi chez celui qui, sourd à toutes les injonctions, a persisté à méconnaître les obligations que son caractère, que la confiance de la loi lui imposait.

La preuve du déni de justice entraîne donc avec elle la nécessité d'une répression, aucune excuse ne saurait prévaloir. On comprend dès lors pourquoi tous les soins du législateur se sont portés sur la détermination de ce qui constitue cette preuve.

461. — Il était dangereux de s'en rapporter, quant à

ce, à la déposition de témoins. La dignité de la magistrature courait le risque d'être altérée par les nombreuses attaques qu'un pareil moyen aurait pu motiver. En conséquence l'article 507 du Code de procédure a taxativement indiqué le mode de preuve admissible.

Ce n'est donc qu'après les deux sommations faites dans les formes et délais qui y sont indiqués, que le refus du juge est certain et que le droit de le prendre à partie est ouvert. Conséquemment la requête qui signale l'exercice de ce droit doit mentionner l'accomplissement de cette formalité, et être accompagnée de l'original des deux sommations, comme pièces justificatives. Le défaut de production de ces deux actes, et à plus forte raison l'omission qui en aurait été faite au mépris de l'article 507, rendrait la prise à partie non recevable.

462. — Un principe incontestable, et qui résultait de la nature des choses, c'est que la disposition de l'article 505 est essentiellement limitative. En conséquence, toute prise à partie, fondée sur un fait autre que ceux qui y sont formellement prévus, serait absolument non recevable.

463. — Une difficulté s'est pourtant présentée, qui, tout en respectant ce principe, tendrait néanmoins à le violer. On a dit: La violation involontaire de la loi peut constituer une faute extrêmement grave. Or, aux termes de la loi romaine, la faute lourde est assimilée au dol; donc, la prise à partie pour une faute de ce genre rentre parfaitement dans les termes de la disposition du § 1er de l'article 505.

Ce système, qui tend à ajouter la faute lourde au cas de dol, de fraude ou de concussion, avait été formelle-

ment consacré par un arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1806. Mais un arrêt plus récent, du 17 juillet 1832, a décidé le contraire. Quel est de ces deux monuments de jurisprudence, celui qui fait une plus exacte application de la loi?

464. — Pour décider cette question, qui ne laisse pas de présenter un grave intérêt, il convient de faire un retour sur ce qui se pratiquait avant le Code de procédure. La volonté du législateur, éclairée par la doctrine et la pratique de ses devanciers, ressortira plus nette et plus claire. On jugera de ce qu'il a réellement fait par ce qu'il était en mesure de faire.

Or, l'édit de 1540 plaçait nommément au rang des causes autorisant la prise à partie, *l'erreur évidente du juge en fait et en droit.* Mais quelle que fût l'élasticité de cette prescription, la pratique, cette pierre de touche des lois, ne tarda pas à la restreindre. C'est ce qu'attestent les jurisconsultes de l'époque.

Ce qui est certain c'est que la répulsion que l'exécution littérale inspirait était telle, que l'ordonnance de 1579 n'osa pas la méconnaître. L'article 147 se borne à autoriser la prise à partie, *si nos Cours et tribunaux trouvent qu'il y ait faute manifeste du juge pour laquelle il doive être condamné en son nom*, et cela indépendamment du dol, de la fraude, de la concussion.

Ain i, l'erreur continua d'être une cause de prise à partie. Mais cette erreur dut constituer une faute évidente, jugée telle par les tribunaux, et de nature à faire condamner le juge en son nom; et encore ce mot faute avait-il été accepté comme comportant l'idée d'un fait volontaire qui empêchait de la confondre avec l'erreur

simple. C'est ainsi que de nombreux arrêts avaient jugé que le magistrat qui avait prononcé contrairement aux lois et règlements, mais qui l'avait fait sans dol ni fraude, ne pouvait pas être pris à partie.

L'ordonnance de 1667, conçue cependant dans un esprit hostile à la magistrature, que la noble voix de Lamoignon fut impuissante à protéger, ne dispose, sur la faute du juge, autre chose que ce que renfermait déjà l'ordonnance de 1579. La pratique dut donc rester, et resta en effet, la même. On n'admit comme faute, autorisant la prise à partie, que la négligence AFFECTÉE et *inexcusable*.[1]

Voilà le droit commun qui s'offrait au législateur au moment de la loi de brumaire an IV. Dès lors, les auteurs de cette loi étaient parfaitement en mesure de juger de ce qu'il convenait de faire; et si d'une part il est certain que la prise à partie ne peut être autorisée que dans les cas formellement prévus, ce qui a été admis sous toutes les législations; si d'un autre côté la faute du juge n'a plus été placée au rang des causes qui l'autorisent, ne faut-il pas reconnaître que le nouveau législateur a formellement répudié les errements de son prédécesseur.

Ainsi, le silence de la loi, imité plus tard par le Code de procédure, suffit pour enlever à l'opinion que nous combattons tout appui dans la lettre de cette loi; car ce qui est vrai aujourd'hui, à savoir que la faute lourde est assimilée au dol, ne l'était pas moins sous les ordonnances. Cette assimilation n'avait pas dès lors été jugée suffisante, puisque le législateur avait dû inscrire dans sa

[1] Jousse, sur l'art. 8, tit. 1.

disposition la faute du magistrat. Cette même assimilation suffirait-elle aujourd'hui que notre Code n'a plus reproduit cette cause de prise à partie.

On pourrait le prétendre si cette suppression n'avait été que la conséquence de l'idée que la faute étant assimilée au dol, il était inutile de s'occuper de l'une, l'autre se trouvant formellement prévu. Mais il s'en faut que cette pensée ait été le mobile du législateur. On peut juger, par les paroles que nous avons empruntées, en commençant, à l'exposé des motifs du Code de procédure, que l'admission de la prise à partie n'a été consacrée qu'avec l'espérance qu'elle resterait comme une menace vaine, en présence du caractère si honorable de la magistrature française.

L'arrêt de section civile, du 17 juillet 1832, qui repousse la prise à partie, pour la faute même grossière du magistrat, à qui on ne ne peut reprocher ni dol ni fraude, a donc fait une application rigoureusement exacte du texte de l'article 505 du Code de procédure.

465. — Cependant M. Chauveau, mettant cet arrêt en regard de celui de 1806, regrette ce changement de jurisprudence. « Sans doute, dit-il, la faute grossière, la faute lourde ne devra pas être légèrement admise ; mais il peut exister des fautes tellement grossières, qu'il soit impossible de ne pas les considérer comme un véritable dol, et dès lors une réparation devient nécessaire autant dans l'intérêt de la morale publique que dans celui de la justice : *De la morale*, parce qu'au lieu de compromettre la magistrature, cette réparation éclatante venge son honneur en ne tombant que sur le membre que son ignorance ou son improbité rend indigne de siéger dans son sein ; *de la justice*, parce que la loi reconnaît elle-même que tout

fait de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. [1] »

466. — M. Chauveau a tort, dans la forme, de placer sur la même ligne l'improbité et l'ignorance. Le juge qui se trompe par improbité, ne commet pas seulement une faute lourde, il se rend coupable d'une véritable prévarication. Le principe de sa conduite résidera dans un sentiment de faveur, d'inimitié ou d'avidité, et, à ce titre, la prise à partie ne constitue plus que le juste châtiment de sa fraude.

Peut-on assimiler à ce juge le magistrat qui, n'ayant pas cessé d'être mû par la pensée du devoir, a eu cependant le malheur de se tromper? L'intelligence la plus noble, la plus élevée n'a-t-elle pas ses moments d'oubli, d'entraînement, d'erreur? Et l'on punira, comme un malhonnête homme, celui qui a cédé malgré lui à l'infirmité de la nature humaine? Nous ne craignons pas de le dire : un pareil système serait plus qu'une révoltante iniquité, il serait un véritable malheur social. Quel homme voudrait, à une pareille condition, aborder les fonctions de la magistrature?

Nous l'avons déjà dit, le juge ne peut, ne doit répondre que de la droiture de ses intentions, que de la loyauté de sa conduite. Tant que sa volonté est demeurée pure, il est réellement irréprochable. Son erreur, quelque lourde qu'elle soit, n'est plus qu'un fait malheureux, fort regrettable sans doute, mais qui ne saurait entraîner la moindre responsabilité.

Au fond, l'appel que fait M. Chauveau à l'article 1382,

[1] Sur Carré, art. 505 Cod. proc.

n'est pas moins inadmissible. Cet article règle les rapports de citoyens à citoyens, comme il règlerait ceux de citoyens à magistrats, s'il n'existait pour ceux-ci une loi contraire. Or, cette loi, c'est l'article 505, qui ne soumet le juge à réparer le préjudice qu'il a causé que dans les cas spécialement indiqués. Par là se trouve formellement abrogé l'article 1382, et cette abrogation n'était qu'un acte de justice. En effet, le citoyen qui subira l'application du principe qu'il renferme, ne sera tenu qu'à une réparation pécuniaire; pour le juge, au contraire, la prise à partie compromet son état, son honneur même. Lui appliquer l'article 1382, ce serait donc le placer, en regard de cette disposition, dans une position bien plus défavorable que celle d'un simple citoyen.

Ajoutons que l'application de l'article 1382 à la prise à partie conduirait bientôt à cette conséquence que toutes les fois que le juge aurait prononcé sur un procès, il serait, sous prétexte de faute grave, obligé de descendre de son siège et de plaider le mérite de sa décision; et, quelque difficile qu'on fût à admettre la faute grave, on n'empêcherait pas le mal qui naîtrait du scandale de la poursuite.

Or, l'esprit de la loi a été précisément de rendre ces poursuites difficiles et rares. Car, comme le rappelle Carré : « S'il faut que les parties aient l'assurance d'obtenir justice, même contre leurs propres juges, l'intérêt public exige aussi que les ministres de la justice ne soient pas dépouillés de toute dignité, comme ils le seraient si les plaideurs, au gré de leur ressentiment et de leurs diverses passions, avaient le droit de les obliger de descendre de leur tribunal pour se justifier de leur conduite. Ce droit nous replacerait au temps où, par un reste

d'abus encore plus grand de l'ancien régime féodal, les juges étaient eux-mêmes responsables de leurs jugements. »

Carré ajoute : « Entre les magistrats et les plaideurs, il n'est qu'une seule autorité qui puisse en même temps convenir à la dignité des uns et à la sécurité des autres : c'est l'autorité de la loi, qui, en spécifiant les cas dans lesquels un plaideur doit être admis à traduire en justice son propre juge, pose la barrière que le respect dû à la magistrature doit empêcher de franchir. »

C'est ce précepte que la Cour de cassation consacrait en 1832. Si elle refuse la prise à partie, c'est surtout parce que l'article 505 a spécifié les cas dans lesquels elle doit être admise; c'est ensuite parce qu'en pareille matière on ne saurait raisonner par analogie; et que s'il résulte de diverses dispositions du Code civil que celui qui commet une faute dommageable à autrui est tenu de la réparer et que la faute oblige en certains cas comme le dol et la fraude, il ne s'ensuit pas que les juges puissent être pris à partie pour avoir commis, dans l'exercice de leurs fonctions, une faute même grossière, mais sans dol ni fraude prouvés.

Cet arrêt ne mérite donc, sous aucun rapport, la critique qu'en fait M. Chauveau. Admettons, en conséquence, avec la Cour dont il émane, que la faute même grossière ne donne pas ouverture à la prise à partie, tant qu'elle n'est que le résultat d'une erreur involontaire. Mais le juge qui s'est trompé parce qu'il a bien voulu se tromper, ne saurait échapper aux conséquences de sa conduite. La faute volontaire n'est pas seulement dans le cas d'être assimilée au dol, elle est un dol évident. Ce qui constitue celui-ci, n'est-ce pas l'intention de nuire ? Or,

la volonté de se tromper renferme évidemment cette intention.

467. — Nous dirons donc, avec Toullier,[1] qu'une faute de ce genre autorise la prise à partie, mais nous ne ferons pas, comme lui, dépendre l'action de la question de savoir si la partie qui profite de la faute peut ou non en réparer les conséquences. L'utilité du droit ne saurait influer sur son principe. Ainsi, dans l'exemple choisi par ce célèbre jurisconsulte, nous dirons :

Ou l'admission de la caution insolvable a été, de la part du juge, le résultat d'une appréciation erronée sans mauvaise foi, sans volonté de se tromper. Dans ce cas, sa décision n'est qu'un mal jugé, insuffisant pour le faire prendre à partie, le mal jugé ne produisant cet effet que lorsque, comme l'enseigne Duparc Poullain, il constitue *un procédé caractérisé par la fraude, l'avarice ou la prévention la plus inexcusable*;

Ou le juge a fermé les yeux à l'évidence, repoussé la preuve certaine de l'insolvabilité, foulé aux pieds la notoriété publique qui lui a été signalée. On admettra alors qu'il a agi *gratia, inimicitia vel sorde*, et la prise à partie l'atteindra dans toutes ses conséquences, car il aura commis sinon un dol, au moins une véritable fraude, fraude rentrant dans les faits spécifiés par l'article 505.

468. — La prise à partie peut s'adresser à un seul juge, comme à une section du tribunal ou d'une Cour, comme au tribunal ou à la Cour tout entière. La doctrine et la jurisprudence sont, à cet égard, depuis longtemps fixées.

[1] Tome II, pag. 256.

Quelques difficultés s'étaient d'abord élevées à l'endroit des officiers du ministère public. L'article 505, disait-on, autorise la prise à partie contre le juge taxativement; or, les magistrats du parquet ne sont pas des juges dans l'acception ordinaire du mot. Il sont donc en dehors des atteintes de cette disposition.

On a voulu ensuite considérer ces mêmes magistrats comme des agents du gouvernement, et, en cette qualité, subordonner la poursuite, à leur égard, à l'obtention préalable de l'autorisation prescrite par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.

Mais ces prétentions n'ont pas tardé à être universellement repoussées. Ainsi, il est aujourd'hui reconnu que tous les membres de la magistrature sont compris sous la dénomination générique de juges; que l'autorisation du conseil d'Etat ne peut concerner que les fonctionnaires de l'ordre administratif; qu'elle ne saurait donc être requise lorsqu'il s'agit d'un membre du corps judiciaire; qu'en conséquence la prévarication d'un officier du ministère public autorise la prise à partie comme s'il s'agissait de tout autre magistrat.

Il résulte, de ce que nous venons de dire, que l'inapplicabilité de l'article 1382 du Code civil est exclusivement attachée à l'exercice des fonctions que la loi confère à la magistrature. De là cette conséquence : que l'absence de la qualité de magistrat dans la personne, ou le défaut d'attribution dans l'acte, rend la prise à partie parfaitement inutile. On recourt, dans l'un et l'autre cas, aux principes ordinaires en matière de fait dommageable.

469. — Cette observation est importante lorsqu'il s'agit de la poursuite à exercer contre les arbitres.

En ce qui les concerne, il faut distinguer s'il ont agi comme arbitres forcés ou comme arbitres volontaires.

Les premiers sont institués par la loi; ils ont même exclusivement compétence pour décider en premier ressort les difficultés naissant entre associés. Ils sont donc de véritables juges, malgré qu'ils soient désignés par les parties. En effet, cette désignation ne fait que leur conférer la faculté d'exercer les attributions qu'ils puisent en entier dans la loi.

Les seconds, au contraire, reçoivent tout des parties, désignation et attribution. Ils n'ont de pouvoirs que ce qu'il plaît à celles-ci de leur conférer, et ce caractère, essentiellement privé, enlève à leurs fonctions toute assimilation possible avec celles de magistrat.

Cette différence, dans la constitution des uns et des autres, entraîne, comme conséquence : que les arbitres forcés sont assimilés aux juges qu'ils remplacent, et que, participant aux mêmes devoirs, ils sont protégés par les mêmes garanties. Dès lors, le dol, la fraude qu'ils auraient commis, le refus qu'ils auraient fait de juger doit être réprimé par la prise à partie, alors même que les parties leur auraient conféré la qualité d'amiables compositeurs. [1] Ce caractère a pour unique résultat de les affranchir de la rigueur des formes. Il ne leur enlève rien de leur compétence exclusive et de la nécessité qui a contraint les parties d'invoquer leur ministère. [2]

La prévarication ou le refus de juger, de la part d'arbitres volontaires, ne pourrait autoriser une procédure

[1] Cass., 7 mai 1817.

[2] La suppression de l'arbitrage forcé rend cette doctrine sans application possible.

en prise à partie. Le préjudice souffert donnerait lieu à la poursuite d'une réparation par les voies ordinaires et par l'application de l'article 1382.

470. — L'effet de la prise à partie doit être apprécié dans chacune des deux périodes qui en signalent la procédure, à savoir : après l'admission de la requête ; après la décision définitive.

L'admission de la requête place le juge dans un état de suspicion légale, du moins pour tout ce qui peut directement ou indirectement intéresser le demandeur en prise à partie. Cette circonstance indique assez que cette admission doit être non une formalité indifférente, mais la conséquence d'un examen sévère et consciencieux. Dès lors le jugement qui la consacre donne au reproche un caractère de vraisemblance qu'il était du devoir du législateur de ne pas négliger.

De là la disposition de l'article 514, suivant laquelle le juge pris à partie doit s'abstenir de la connaissance du différend et de toutes les causes que la partie, ses parents en ligne directe ou son conjoint pourront avoir dans son tribunal, à peine de nullité du jugement.

La nature de cette prohibition a été nettement formulée dans l'exposé des motifs du Code. Elle est d'ordre public. Conséquemment, il n'est pas au pouvoir des parties de la faire disparaître ; et le jugement auquel le juge pris à partie aurait concouru du consentement exprès de la partie intéressée ne devrait pas moins être annulé.

471. — L'admission de la requête reste sans influence sur la décision à l'occasion de laquelle l'action de prise

à partie est invoquée. On ne peut donc en arrêter ni en suspendre l'exécution.

472. — L'arrêt définitif qui consacre le bien fondé de la prise à partie motive contre le juge une condamnation pécuniaire, indépendamment des peines disciplinaires dont il peut être atteint. L'allocation accordée au demandeur doit être le juste équivalent du préjudice qu'il a été dans le cas d'éprouver.

Mais quelle est l'influence que cet arrêt exerce sur le jugement qui a motivé la prise à partie?

M. Poncet [1] enseigne que ce jugement non acquiescé, ainsi que tous les actes d'instruction argués, sont annulés; Pigeau veut aussi que la décision sur la prise à partie rétroagisse sur le jugement et en infirme l'autorité, soit parce que, si la partie eût connu le dol du juge, elle eût pu le récuser et, dans ce cas, le jugement eût été suspendu, ou, s'il eût été rendu, elle aurait pu l'attaquer par appel pour vice de formes, ou par requête civile pour violation des formes; soit parce que le juge, légalement pris à partie, doit être considéré comme n'ayant pas pris part au jugement ou à l'arrêt qui peut ainsi ne plus présenter le nombre de juges exigés par la loi.

Ces solutions ne sont pas admissibles. Le délai d'appel court du jour de la signification, sauf l'exception prévue par l'article 448 du Code de procédure civile. Or, ce délai expiré, le jugement est à l'abri de toute attaque par les voies ordinaires. La prise à partie réussissant à cette époque, ne pourrait donc donner lieu qu'à la requête civile.

[1] *Des jugements*, tom. II. p. 402.

Mais nous avons vu que cette voie d'attaque n'est ouverte dans l'hypothèse de dol que pour le dol personnel à la partie. Ce principe admis par la loi reçoit inévitablement son application au dol du juge qui n'est, quant à ce, qu'un véritable tiers. Dès lors il doit en être comme pour le dol commis par le tiers, et la partie qui ne répond nullement du fait de celui-ci, fût-il son parent, son ami le plus intime, ne saurait être tenue du fait de son juge.

La maxime *factum judicis, factum partis,* n'a été faite qu'en vue des conséquences que peut entraîner l'erreur involontaire du juge dans l'exercice de ses fonctions. Le dol ne rentrera jamais dans cet exercice, et la partie, qui n'a pas pu le prévoir ni l'empêcher, ne saurait en subir les atteintes.

Il est vrai qu'en définitive elle profite d'un avantage qui ne lui était pas dû. Mais cet avantage, au moyen de la condamnation prononcée contre le juge prévaricateur, est pris aux dépens de celui-ci. Or, ce résultat n'a rien de condamnable aux yeux de la justice, puisque celui qu'il atteint se trouve la victime de sa propre turpitude.

473. — Notre solution suppose que la partie qui profite du jugement n'a aucune part dans le fait du juge. Elle ne serait donc pas suivie, s'il était prouvé que le dol de celui-ci a été inspiré, provoqué ou concerté. La complicité de la partie ferait considérer le dol comme lui étant personnel et l'obligeant, dès lors, à en supporter toutes les conséquences.

Mais, dans ce cas même, la nullité du jugement ne pourrait être prononcée comme accessoire de la décision consacrant la prise à partie. L'instruction de celle-ci n'appelle devant la justice que le demandeur et le juge;

l'autre partie ne pourrait donc être condamnée, car elle n'a pas été ni dû être entendue. Le devoir de celui qui a acquis la preuve de la complicité de son adversaire dans le dol du juge, serait donc de poursuivre l'appel s'il était encore dans les délais, ou la requête civile. Cette poursuite, indépendante de celle de la prise à partie, pourrait se réaliser concurremment avec celle-ci ou après elle, les délais de la requête civile ne courant que du jour où la preuve de la complicité a été acquise.

Hors le cas de complicité, le jugement profiterait donc à celui qui l'a obtenu. A l'abri de toute attaque par les voies ordinaires et extraordinaires, rien ne peut lui faire perdre l'autorité que le respect de la chose jugée lui imprime.

474. — Le juge condamné sur la prise à partie peut être tenu au payement des causes de la condamnation, même par la voie de la contrainte par corps [1]. L'art. 126 du Code de procédure civile est ici parfaitement applicable; et, loin de trouver dans la qualité de juge un motif de ne pas user de la faculté qui leur est laissée, les magistrats doivent puiser dans cette qualité même la conviction que cette faculté devient un devoir dans une pareille circonstance. Il importe, en effet, que la magistrature sévisse avec la plus grande sévérité contre des actes qui s'attaquent à sa propre dignité et dont il lui faut soigneusement prévenir le retour. Ajoutons que, s'il était possible que le dol et la fraude fussent excusables, ils ne le seraient jamais dans la personne d'un magistrat institué pour les réprimer.

* [1] *Voy.* la loi du 22 juillet 1867, qui supprime la contrainte par corps.

SECTION V.

DOL IMPUTABLE AUX OFFICIERS MINISTÉRIELS

SOMMAIRE.

475. Matière de la section.
476. Responsabilité des notaires.
477. Son principe, son étendue.
478. Faute lourde assimilée au dol.
479. Faute sans influence sur la validité de l'acte, son caractère, ses effets.
480. *Quid* du notaire agissant comme mandataire de la partie?
481. Faute entraînant la nullité de l'acte.
482. Est-elle constituée par l'erreur de droit?
483. Arrêt négatif de la Cour d'Orléans.
484. Caractère de cet arrêt.
485. Moralité de la responsabilité dans le cas d'erreur grave sur le droit.
486. Dans tous les cas, l'ignorance du notaire n'est excusable que si la bonne foi est démontrée.
487. Effets de la faute déterminant la nullité.
488. Arrêt de la Cour de cassation décidant que les notaires ne sont pas de plein droit responsables de la nullité.
489. Critique de cet arrêt.
490. Quelle est la quotité des dommages-intérêts à allouer?
491. Le notaire est garant de l'individualité des parties.
492. *Quid* de leur capacité?
493. La preuve que le notaire connaissait l'incapacité le constituerait en état de dol.

494. Etendue de la responsabilité de l'avoué.
495. Principes sur lesquels elle repose.
496. Aux termes des articles 132 et 1031 du Code de procédure civile, l'avoué répond même de la faute légère.
497. Dans quelles circonstances devra-t-on appliquer cette responsabilité?
498. L'avoué répond des personnes qu'il s'associe ou qu'il se substitue dans l'exercice de ses fonctions. *Quid* de l'huissier ?
499. Dans quelles circonstances et à quelles conditions l'avoué peut-il être condamné à des dommages-intérêts ?
500. Répond-il des conséquences du conseil qu'il a pu donner ?
501. L'avoué peut-il être personnellement condamné, soit aux frais, soit aux dommages intérêts, sans avoir été mis en cause ?
502. L'huissier étant comme l'avoué le mandataire de la partie, le législateur lui a rendu commune l'application des art. 132 et 1031 du Code de procédure.
503. La condamnation de l'huissier aux frais de l'acte nul est facultative pour les juges ?
504. L'huissier n'est tenu que de son fait personnel. Importance de ce principe pour les relations des huissiers avec l'avoué.
505. Pigeau et Demiau Crouzilhac enseignent que l'huissier ne répond pas de l'acte qu'il signifie mais que l'avoué a rédigé. La Cour de cassation décide le contraire.
506. Assentiment de M. Chauveau.
507. Cas divers d'application de la responsabilité de l'huissier.
508. Autre cas dans l'hypothèse des nullités intrinsèques.
509. L'huissier ne doit pas être condamné sans être entendu.
510. Durée du mandat de l'huissier.
511. Observations communes aux avoués et aux huissiers.

475. — Nous aurions maintenant à nous occuper du dol que l'exécution des jugements peut offrir, mais les principes généraux qui précèdent suffisent pour déter-

miner les obligations et les droits que ce dol imposerait aux parties.

C'est aussi par les principes généraux, sur la responsabilité des officiers ministériels, que nous établirons quelle serait leur position à l'égard des parties. Cette tâche serait fort ennuyeuse si nous descendions dans l'examen de toutes les espèces qui se sont présentées. Nous ne recourrons donc aux spécialités que lorsque leur secours nous paraîtra indispensable pour faire comprendre le principe général que nous aurons à invoquer.

476. — Avant de parler de ce qui concerne les avoués et les huissiers, nous devons traiter une question que des événements à jamais déplorables rendent plus que jamais d'un puissant intérêt. Nous voulons parler de la responsabilité des notaires. Cette incursion, que nous ferons hors de la matière spéciale de cette section, nous sera d'autant plus pardonnée que, indépendamment du motif d'actualité, son objet tient essentiellement à notre matière générale. En effet, les notaires sont les instruments les plus ordinaires des transactions entre citoyens. Il n'est donc pas tout à fait hors de propos de rechercher la part qu'ils peuvent avoir dans les causes qui vicient ces conventions, et les conséquences que leur nullité doit avoir pour eux.

En principe, le notaire est tenu de son dol. En conséquence, celui qui par des moyens frauduleux aura cherché à tromper l'une des parties ou toutes deux, ou à favoriser l'une au détriment de l'autre, devra être condamné à réparer le préjudice qu'il aura causé.

L'action en réparation de ce préjudice constitue pour le notaire une véritable prise à partie ; mais la loi qui trace les conditions et la forme de celle à diriger contre les

magistrats, se tait sur celle-ci. De ce silence, il faut conclure qu'il reste sous l'influence des principes et des formes ordinaires.

477. — C'est donc par application des articles 1382 et 1383 que le recours contre le notaire devra être résolu, et cette circonstance est importante à noter lorsque les faits imputés ne constitueront pas un dol caractérisé.

Le dol, en effet, oblige immédiatement et directement à réparer les conséquences dommageables qu'il a entraîné. L'application de l'article 1382 ne rencontrera donc dans ce cas aucune difficulté.

478. — Mais il n'en est pas ainsi pour l'hypothèse que nous signalions tout à l'heure, à savoir : celle où les faits imputés ne constitueraient pas un dol caractérisé. L'article 1382 n'exige pas qu'il y ait dol, pas même faute grave : il punit la faute pourvu qu'elle ait été dommageable. Son application textuelle placerait donc le notaire dans la position d'être poursuivi même pour sa faute légère. Il a donc fallu tout d'abord rechercher si cette application textuelle entrait dans les vœux du législateur.

Or, la doctrine et la jurisprudence sont depuis longtemps fixées. La seule faute imputable au notaire est la faute lourde, celle qui peut et doit être assimilée au dol.

Nous retrouvons donc ici cette assimilation que nous repoussions naguère pour la prise à partie du juge. On trouve facilement le motif de cette différence, lorsqu'on réfléchit qu'en ce qui concerne le juge, cette assimilation était une aggravation de la responsabilité que l'article 505 lui impose ; tandis qu'elle agit en sens contraire à l'égard

du notaire, puisque, par rapport à lui, elle modifie la rigueur du principe de l'article 1382.

Ainsi, le notaire ne répond que de sa faute lourde. Cela admis, on comprend que c'est sur les caractères du fait qui lui est reproché que devra se porter l'examen des magistrats.

Or, la faute reprochée au notaire peut porter sur un fait indépendant de la validité de l'acte ou sur l'inaccomplissement des formalités prescrites pour cette validité. Le préjudice peut donc se réaliser sans que l'acte soit annulé, ou n'être que la conséquence de son annulation. La gravité de la faute repose sur des éléments différents, selon qu'il s'agit de l'un et de l'autre.

479. — 1° Faute indépendante de la nullité de l'acte.

Cette faute se réfère soit à la violation des devoirs que la loi impose aux notaires en leur qualité, soit à la négligence que le notaire a mise à remplir les obligations qu'il a contractées envers la partie.

Ainsi, la loi fait un devoir au notaire de prêter son ministère lorsqu'il en est légalement requis; elle l'oblige de retenir et de conserver la minute de ses actes, d'en délivrer des expéditions aux parties intéressées. Le notaire qui refuse son concours, celui qui n'a pas retenu ou qui a égaré la minute, celui qui refuse mal à propos une expédition commet une faute lourde, qu'on peut assimiler au dol avec d'autant plus de raison qu'il manque à un devoir positif. Il doit donc être condamné à réparer le préjudice que le simple retard et, à plus forte raison, que son refus absolu aurait occasionné. [1]

1 Riom, 28 février 1825; Bourges, 17 juin 1829.

Le notaire est tenu d'inscrire le nom des interdits sur le tableau prescrit par la loi et d'exposer ce tableau dans son étude. Le but de cette double précaution est de mettre chacun à même de connaître l'incapacité de celui avec qui on va contracter. L'omission des noms sur le tableau ou l'absence de publicité donnée à ce tableau constituerait également une faute lourde.

En un mot, toutes les fois que le notaire, par négligence, par impéritie ou par oubli, a omis d'exécuter les obligations que la loi lui impose, sa responsabilité se trouve engagée, sa faute est lourde, elle est assimilée au dol, elle en produit les conséquences.

480. — Le notaire ajoute à ses devoirs, lorsqu'il se constitue le mandataire de la partie, soit dans le placement d'une somme quelconque, soit pour la destination à donner aux sommes empruntées ou provenant d'un prix de vente. En cette qualité, il est garant de la solvabilité de l'emprunteur, de la légitimité des droits des créanciers qu'il désintéresse. On peut voir dans nos recueils de jurisprudence, et notamment dans le *Dictionnaire* de M. Dalloz jeune, au mot *responsabilité*, les espèces nombreuses dans lesquelles ce principe a été appliqué.

Ce dont on pourra se convaincre, c'est que la sévérité des tribunaux semble s'accroître de jour en jour. On pourra déplorer un tel état des choses; mais ce qui est vingt fois plus déplorable, c'est que cette sévérité ne soit que trop méritée par des excès inouïs. Sans doute il est encore des notaires dont la conduite commande et attire la considération et le respect, mais combien d'autres qui ravalent sans pudeur des fonctions que nos pères vénéraient à l'égal d'un sacerdoce. Il faut faire rendre le plus

possible à la marchandise qu'on a payé fort cher, et ce besoin, et ce désir immodéré de faire fortune qui pousse notre siècle, fait souvent fermer l'oreille aux conseils de la prudence. Puisse la juste rigueur de la magistrature prévenir les scandaleux désordres qui éclatent de toute part pour le malheur des populations indignées et rappeler le notariat dans ces voies de probité, de délicatesse et d'honneur qui le signalèrent pendant si longtemps à l'estime et à la vénération publiques.

481. — 2° Faute entraînant la nullité de l'acte.

La nullité d'un acte peut résulter de l'erreur commise sur le droit des parties, ou de l'omission d'une des formalités essentielles pour sa validité. Dans le premier cas, la nullité est intrinsèque ; elle est extrinsèque dans le second.

482. — L'erreur sur le droit peut constituer une faute excusable ou tellement légère qu'il ne serait pas juste d'en rendre le notaire responsable. Elle sera évidemment telle lorsque le notaire, appréciant la position des parties au point de vue légal, a eu des raisons plausibles de croire de bonne foi à la réalité du système qu'il a préféré. [1]

* [1] La Chambre des requêtes a, par un arrêt du 12 février 1883, rendu à notre rapport, décidé que, si les notaires peuvent être déclarés responsables d'une erreur portant sur le fond du droit, ce n'est qu'autant que l'erreur ne porte pas sur un point douteux et susceptible de controverse. (*Voy.* Sir. 83. 1. 171. et suiv.)

Nous transcrirons ici quelques passages de ce rapport. Nous raisonnions dans l'espèce, qui était celle du procès, c'est-à-dire d'un notaire qui n'était ni mandataire, ni gérant d'affaires, mais le simple rédacteur de la convention des parties, et d'un client lésé qui était un homme d'une expérience consommée en affaires et capable de veiller lui-même sur ses intérêts.

« Il est une obligation, disions-nous, que l'on trouve énoncée dans

483. — La Cour d'Orléans a été plus loin encore : Elle a jugé que la faute commise par ignorance et de bonne foi ne pouvant engager la responsabilité du notaire. Elle a, en conséquence, renvoyé d'instance un notaire poursuivi pour avoir reçu une constitution d'hypothèque générale sur les biens d'une femme qui ne pouvait concéder qu'une hypothèque spéciale.[1]

plusieurs arrêts de cours d'appel et dans les observations du pourvoi : c'est celle qui serait imposée aux notaires d'une manière générale et absolue, en vertu des devoirs de leur charge, d'éclairer les parties sur le droit comme sur le fait concernant la convention que l'acte a pour but de constater. Ce serait là une obligation civile, légale, à laquelle ils seraient astreints sous peine de dommages intérêts. Vous vous êtes toujours prudemment abstenus de formuler, dans les motifs de vos arrêts, une règle aussi générale, aussi absolue. Dans quelques arrêts et notamment dans votre arrêt du 22 décembre 1840 (Sir. 41. 1 39), vous dites que l'obligation de donner des conseils aux parties et de les éclairer sur l'efficacité de leurs conventions, est une obligation *morale*. » Cependant, d'après votre jurisprudence, cette obligation morale peut devenir une obligation *légale*, de *droit positif*, lorsque le client complétement illettré et sans aucune expérience des affaires, incapable de prévoir les conséquences de l'acte qu'il passe, s'est entièrement confié à la prudence et aux lumières spéciales du notaire. »

. . . . . .

« Maintenant les notaires seront-ils responsables de toute faute, de toute erreur ? »

« Ici se place la question de savoir s'ils sont responsables des nullités procédant d'une erreur portant sur *le fond du droit*, et au sujet de laquelle des arrêtistes mettent en opposition vos arrêts du 22 décembre 1840, précité, et du 17 août 1869 (Sir. 69. 1. 396). »

» Nous croyons que l'on peut tout concilier à l'aide d'une distinction, qui nous est suggérée par M. Demolombe : « En règle générale, dit l'éminent jurisconsulte, les notaires sont responsables des nullités extrinsèques, qui procèdent d'un vice de *formes instrumentaires ;* mais la règle générale est aussi que les notaires ne doivent pas être déclarés responsables des nullités qui procèdent d'une erreur portant

[1] 26 janvier 1839, D. P., 39, 2, 86.

484. — Mais nous ne saurions voir dans cette décision qu'un arrêt d'espèce. Que, s'en référant aux circonstances de la cause, la Cour d'Orléans n'ait vu dans le fait du notaire qu'une faute légère non susceptible d'engager sa responsabilité, c'est ce qu'elle a pu légalement faire, puisque la loi abandonnait souverainement à son appréciation les caractères de la faute imputée. Elle

sur *le fond du droit*. Quel que soit le caractère de l'acte, ajoute-t-il, cet acte est avant tout l'œuvre des parties elles-mêmes; ce sont elles qui le font, et le rôle du notaire consiste seulement, ou du moins principalement, à le recevoir (art. 1, 8, 9 et autres, L. 25 vent. an 11) c'est-à-dire à le rédiger, à le *passer* » (*Contr. et oblig.* t. 8, n. 531, 534). Cependant, M. Demolombe excepte de la règle générale qu'il pose, — et qui a été de tout temps enseignée, en lui reconnaissant cette généralité, par les auteurs les plus compétents, — certaines nullités de droit que le notaire, dit-il, serait *impardonnable* d'avoir commis dans un de ces actes pour ainsi dire *courants* et toujours uniformes du notariat, dont les formulaires indiquent exactement toutes les conditions et toutes les clauses. M. Demolombe cite comme exemple le cas de votre arrêt du 27 mars 1839 (Sir. 39. 1. 269), par lequel vous avez décidé que le notaire qui reçoit un acte de donation peut être déclaré responsable de la nullité résultant du défaut de mention, dans l'acte de donation, de l'acceptation de la donation par le donataire. A cet exemple, nous en ajouterons un autre, tiré de votre arrêt du 17 août 1869, précité, par lequel vous décidez qu'un notaire qui, dans un acte de vente à réméré, a inséré la stipulation, en faveur du vendeur, de la faculté de réméré pour un temps excédant cinq ans, contrairement au texte de l'art. 1660 C. civ., peut être déclaré responsable de la nullité de cette clause. « Il suffisait au notaire, porte votre arrêt, de jeter les yeux sur l'art. 1660, pour reconnaître que le délai du réméré ne pouvait être stipulé pour plus de cinq ans; d'où il suit qu'en déclarant que le notaire, insérant une clause contraire à un texte si formel avait commis une faute, dont il devait être responsable, l'arrêt attaqué n'a pas violé la loi de l'an 11, et a fait une juste application des art. 1382, 1383. »

Quant à l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt du 12 février 1883, Voy. Sirey, *loc. cit.*

Cependant, M. Laurent pense que le notaire, en vertu de ses fonc-

a pu dès lors, usant de son pouvoir discrétionnaire, juger que l'ignorance du notaire se justifiait par des raisons plausibles. Sous ce rapport, l'arrêt est irréprochable.

485. — Il n'en serait pas de même si, abstraction faite des faits, la Cour eût proclamé en principe que l'ignorance du notaire de bonne foi ne saurait jamais engager sa responsabilité. La justice et la raison elle-même eussent, dans bien des cas, protesté contre ce principe.

En effet, le ministère du notaire est obligé, pour les parties contractantes comme pour lui-même, lorsqu'il faut imprimer à la convention un caractère d'authenticité. Les citoyens obéissent donc à la nécessité, lorsqu'ils se présentent devant lui. En revanche, ils sont en droit d'espérer trouver en lui un secours suffisant pour les diriger, puisque l'institution qu'il a reçue le leur désigne comme capable. Faudra-t-il donc qu'elles soient exclusivement punies d'une impéritie qu'elles ne pouvaient soup-

tions, est obligé d'éclairer les parties; que cette obligation résulte de la nature de la convention qui intervient entre le notaire et son client; qu'il n'y a pas à distinguer si les parties ont ou non besoin de ses conseils; qu'il doit éclairer toutes les parties qui se présentent devant lui (*principes de droit civil*, vol. XX, n° 511).

Selon cet auteur, les notaires doivent connaître le droit, et ils sont en faute quand ils l'ignorent, comme l'ouvrier qui ne connaît pas les règles de son art. Quand même il s'agirait d'un point de droit controversé, ils doivent choisir l'opinion qui les met à l'abri de toute responsabilité et non celle qui pourrait donner lieu à une action en dommages-intérêts. Il y a imprudence, dit-il, à adopter une opinion, quelque probable qu'elle paraisse, dès qu'elle laisse un doute, alors qu'en suivant l'autre opinion l'officier public se met à couvert de toute action, et l'imprudence suffit pour engager la responsabilité (n°s 483, 484, *loc. cit.*)

Toutes ces propositions nous semblent trop absolues et trop rigoureuses; voy. sur les dernières M. Bédaride, n° 486 ci-après.

çonner, et à laquelle il ne leur a pas été donné de pouvoir se soustraire ?

L'équité et la raison répugnent à un pareil résultat : entre le notaire et la partie, il n'y a pas a hésiter ; car le premier a au moins le tort grave d'avoir accepté des fonctions dépassant sa capacité et son intelligence. Il semble donc qu'on devrait admettre, avec M. Armand Dalloz, [1] qu'un notaire ne peut, sans encourir la responsabilité, agir directement contre la loi ; par exemple, attribuer, dans une liquidation, à l'une des parties ce qu'un texte précis, incontesté de la loi, un texte applicable, sans aucun doute, à l'affaire dont s'agit, attribue à une autre partie. Dans de telles circonstances, poursuit ce jurisconsulte, l'ignorance de la loi, en supposant qu'il n'y ait point de dol, semblerait, par elle-même, une faute assez lourde pour déterminer l'application de l'article 1382.

Il est vrai que les parties elles-mêmes sont censées connaître la loi. Mais cette présomption a bien plus de poids contre le notaire, dont les obligations consistent non-seulement à la connaître, mais encore à la faire exécuter ; cela est vrai surtout lorsqu'il s'agit de personnes ignorant de fait ce qu'elles sont en droit supposées connaître, et qui s'en sont référées au notaire comme à l'arbitre spécial que la loi elle-même leur indiquait.

L'ignorance assez grave pour faire adopter ce qui était absolument proscrit par la loi, et déterminer ainsi la nullité de son acte, est donc, pour le notaire, une faute inexcusable. Mais ce caractère est susceptible de se modifier par les circonstances, par l'exigence des parties que le notaire a dû subir. Dans tous les cas, c'est au notaire attaqué à faire

[1] *Dictionnaire*, v° *responsabilité*, n° 281.

preuve qu'il n'a agi que par des moyens plausibles ou qu'il a subi une volonté à laquelle il ne pouvait se soustraire.

486. — Au reste, dans le système même que nous combattons, l'ignorance du notaire ne serait excusable que s'il a agi avec bonne foi. C'est donc à lui qu'il appartient de justifier cette bonne foi dont il excipe. Mais on la présumerait si la question tranchée par le notaire n'était pas nettement fixée par un texte précis et formel; si, livrée à la controverse, elle avait été diversement résolue par la doctrine et par la jurisprudence. Il est évident qu'en pareille occurence le notaire ne pouvait que opter entre deux solutions, et qu'en s'arrêtant à celle qui lui a paru la plus probable, il n'a pu commettre une faute engageant sa responsabilité, à moins, cependant, qu'il n'ait agi de mauvaise foi, ce que le demandeur serait tenu de prouver. [1]

487. — Les nullités extrinsèques de l'acte, c'est-à-dire celles résultant de l'omission ou de l'irrégularité des formes prescrites, engagent plus immédiatement la responsabilité du notaire. Ici, suivant l'expression de la Cour d'Orléans, l'impéritie lui est directement imputable, parce qu'il a manqué à la mission spéciale que la loi lui a confiée ; parce qu'il y a ignorance de ce que le notaire doit savoir. D'où la Cour d'Orléans conclut que le notaire, chargé d'accomplir les formes extrinsèques des actes, est *nécessairement* responsable des erreurs provenant de son fait, qui vicient l'acte dans sa forme et lui ôtent la force probante qu'il devait lui donner.

[1] Agen, 16 août 1836; — Douai, 2 janvier 1836, D. P. 38, 2, 161.

488. — Cette conclusion toute logique n'est pas consacrée par la Cour de cassation. Un arrêt qu'elle a rendu le 27 nov. 1837 décide en effet : qu'aux termes de l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, nullement abrogée par les art. 1382 et 1383 du Code civil, les notaires ne sont pas de plein droit et d'une manière absolue responsables de la nullité pour les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes ; que cet article ne les assujettit à des dommages-intérêts que *s'il y a lieu* ; d'où il suit que la déclaration de nullité d'un acte n'entraîne pas *nécessairement* la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité ; qu'en cette matière, les dommages-intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochée au notaire et sont subordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux[1].

Dans l'espèce de cet arrêt, le notaire ayant omis de faire approuver les renvois mis à la suite d'un testament, était cité pour répondre des conséquences de l'annulation qui en avait été prononcée. La Cour de Lyon l'avait condamné aux dépens pour tous dommages-intérêts. C'est le rejet du pourvoi formé contre cet arrêt que la chambre des requêtes prononçait sur les motifs que nous rappelons.

489. — Quelque profond que soit notre respect pour les hautes lumières de la Cour régulatrice, nous ne craignons pas de le dire : son arrêt est loin de nous paraître irréprochable soit comme principe général, soit comme application à l'espèce particulière.

[1] D. P., 37, 1 465.

Peut-on, en effet, appliquer l'article 98 de la loi de ventôse à toutes les irrégularités que les notaires peuvent commettre? C'est ce que cet article lui-même ne permet pas de décider. *Tout acte*, porte l'article, *fait en contravention aux dispositions contenues aux articles* 6, 8, 9, 10, 14, 52, 64, 65, 66 *et* 67, *est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties*; *et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée, sauf dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire.*

Ce texte est trop clair pour donner matière à controverse. Aucun des articles qui y sont relatés ne prononce taxativement sur le sort des actes reçus au mépris de leur disposition. Ce n'est donc qu'en recourant à l'article 68 qu'on pourra faire prononcer qu'ils sont nuls ou qu'ils ne doivent être considérés que comme écrits sous signature privée. D'où la conséquence que toutes les fois qu'on sera obligé de faire appel à cet article, pour anéantir ou affaiblir l'autorité de l'acte, on se trouvera forcément régi par sa disposition, quant aux conséquences de l'atteinte qu'il inflige au contrat.

Mais lorsque la nullité de l'acte résulte d'une disposition formelle de la loi, que cette disposition n'est pas dans la catégorie de celles que l'article 68 énumère, n'est-ce pas uniquement par cette disposition que les conséquences de la nullité devront être régies? Mais alors on ne comprendrait pas si le législateur a voulu faire, de la disposition de l'article 68, une mesure générale et absolue, qu'au lieu de rappeler quelque texte, il n'ait pas dit : Dans tous les cas où les actes seront annulés, le notaire sera condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts.

Nous ne devons donc pas perdre de vue le caractère de spécialité que le législateur a imprimé à sa disposition et qui la rend innapplicable aux cas non prévus. Ainsi l'article 16, par exemple, défend les surcharges, additions et interlignes, dont il prononce la nullité, indépendamment d'une somme de 50 fr., ainsi que des *dommages-intérêts des parties*. L'article 18 prescrit l'exposition du tableau des interdits sous peine des *dommages-intérêts des parties;* l'article 23 prohibe de donner expédition ou de laisser prendre connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées à peine de *dommages-intérêts*. Aucun de ces articles n'ajoute, *s'il y a lieu*, et cependant l'article 16 est incontestablement relatif à la forme matérielle des actes.

L'adjudication des dommages-intérêts n'est, dans aucun de ces cas, une pure faculté. L'absence de toute restriction indique qu'il y a nécessité de la prononcer, par cela seul qu'on viole l'un ou l'autre de ces articles. L'article 68 ne serait applicable que si ces articles figuraient dans le nombre de ceux qu'il énumère. Prononcer cette application, malgré leur omission, c'est donc méconnaître leur disposition, c'est ajouter à l'article 68 lui-même ; en d'autres termes, c'est violer doublement la loi.

En dernière analyse, lorsque l'acte sera annulé ou que son autorité sera affaiblie par l'applicatiou de l'article 68, les dommages-intérêts ne seront prononcés que si la faute du notaire est jugée importante et grave. Mais lorsque la nullité et les dommages-intérêts seront réclamés en vertu d'une autre disposition, c'est uniquement sous l'influence de celle-ci que la faute du notaire devra être appréciée, et, si elle adjuge les dommages sans restriction, on conclura que la faute est de plein droit considérée comme lourde ; le notaire sera nécessairement responsable.

Or, dans l'espèce jugée par la Cour de Lyon, il ne s'agissait de la violation d'aucun des articles rappelés par l'article 68. Le notaire avait contrevenu à la disposition de l'article 15, et avait ainsi déterminé l'annulation des renvois non approuvés. L'obligation du notaire était donc régie par cet article 15 et par l'article 16. Il semble dès lors que la Cour de Cassation ne devait pas appliquer l'article 68, ni convertir en faute légère ce qui est une faute lourde aux yeux de la loi.

490. — Dans tous les cas, et alors même que la Cour de Cassation aurait sainement appliqué la loi, tout ce qu'il faudrait en conclure, c'est que les tribunaux ont la faculté de rechercher si, en principe, il est dû ou non des dommages-intérêts. Mais cette faculté comprend-elle, l'opportunité et la nécessité d'une allocation étant admises, celle de déterminer arbitrairement la quotité à allouer?

Nous distinguons entre le préjudice matériel et le préjudice moral. Celui-ci est essentiellement d'appréciation et ne reconnaît d'autres éléments que l'opinion du juge. Il est dès lors certain que les tribunaux ont le droit exclusif d'en déterminer la nature et de fixer la quotité des dommages-intérêts.

Mais il ne saurait en être de même pour le préjudice matériel, et cela par l'excellente raison que la loi s'en est formellement expliquée. Les dommages-intérêts, dit l'article 1149, sont de la perte que le créancier a faite et des gains dont il a été privé. Que la quotité de celui-ci soit discrétionnairement fixée par le magistrat, nous le comprenons sans peine, car le gain demeurera dans le futur contingent, et, quelque probable qu'il soit, il n'existe pas tant qu'il n'est pas acquis.

Mais la perte éprouvée est un fait matériel, certain, réalisé, dont la preuve résulte même quelquefois de l'acte annulé, le legs, par exemple, d'une somme de mille francs qui aurait été fait par un renvoi au testament. L'annulation de ce renvoi, pour omission d'une approbation valable, constitue, pour le légataire, une perte bien positive de mille francs. La seule réparation indiquée par la justice sera évidemment celle qui lui fera récupérer cette somme.

Qu'en vertu de leur droit souverain d'appréciation les tribunaux déclarent que le notaire est excusable, que sa responsabilité n'est pas engagée, qu'ils n'allouent en conséquence aucuns dommages-intérêts, on le comprendrait. Mais qu'après avoir constaté la faute et décidé que le notaire doit une réparation, on n'accorde que les dépens de l'instance, ou même qu'une somme moindre que celle que le demandeur a réellement perdue, c'est ce qui nous paraît inconciliable avec la disposition de l'article 1149 [1].

Il est un seul cas dans lequel un pareil système pourrait être rationnel et légal, à savoir : si la faute étant commune aux deux parties, le juge a dû déterminer la part de responsabilité que chacune d'elles doit encourir.

Il ne serait, dans ce cas, ni équitable ni juste de punir l'un et de récompenser l'autre en lui accordant tout ce qu'il aurait eu si la faute n'avait pas été commise. Il faut donc que chacun supporte sa part dans les conséquences de cette faute.

Dans une espèce où la vente d'un bien dotal avait été annulée faute de remploi du prix, l'acquéreur évincé pour-

[1] Cass., 1er juin 1840. D. P., 41, 1, 209.

suivait le notaire en responsabilité, et lui demandait la restitution intégrale de ce qu'il avait payé, à titre de dommages-intérêts.

Mais par arrêt du 8 janvier 1861, la Cour de Lyon n'avait condamné le notaire qu'à une restitution partielle. « Attendu, porte l'arrêt, que la légèreté et l'inattention apportées par Me C.... à la lecture du contrat de mariage des sieur et dame Drevet, et l'omission qui s'en est suivie, constituent de la part de ce notaire une faute grave qui engagent sa responsabilité dans une mesure qu'il appartient à la Cour de fixer.

« Attendu que pour fixer équitablement l'étendue de la réparation qui doit être à la charge du notaire, il importe de rechercher si Vanel de son côté n'aurait aucune imprudence à se reprocher.

« Attendu qu'il pouvait prendre personnellement connaissance du contrat de mariage, soit avant d'aller chez le notaire, soit dans son étude même, et, après l'avoir lu sérieusement et en entier, ne conclure aucune acquisition de cette importance qu'après s'être complètement édifié sur la capacité de la dame Drevet, soit par lui-même, soit par des lumières étrangères; qu'il est donc juste de mettre à sa charge une partie du dommage. »

J'avoue que le reproche que la Cour fait à l'acquéreur évincé peut paraître assez difficile à admettre. Il est en effet naturel qu'en matière d'achat, les pièces étant remises au notaire pour les examiner, on s'en rapporte à son examen qu'on s'abstient d'autant plus de contrôler, qu'on craint de paraître ou se méfier du notaire qu'on a choisi, ou douter de sa capacité.

Mais l'imprudence de la partie admise en fait, les conséquences que la Cour de Lyon en tire quant à la répar-

tition des dommages-intérêts, sont légitimes et rationnelles, et c'est ce que la Cour de Cassation consacre.

« Attendu, dit son arrêt, que si l'arrêt attaqué déclare que le notaire qui avait accepté le mandat de vérifier, dans l'intérêt de Vanel, si la femme Drevet avait la capacité d'aliéner les immeubles qui lui appartenaient, avait commis une faute grave. En insérant dans l'acte de vente, du 18 juillet 1837, que la dame Drevet avait la faculté d'aliéner, sans indiquer que cette faculté était soumise à la condition du remploi du prix, faute par lui d'avoir lu en entier le contrat de mariage de ladite Drevet, il déclare aussi que Vanel aurait pu prendre connaissance de ce contrat et s'édifier de la condition à laquelle la dame Drevet pouvait valablement aliéner ses immeubles, et qu'il avait commis une imprudence en faisant l'acquisition d'une maison dont une part appartenait à la dame Drevet sans faire cette vérification;

« Que la faute du notaire et l'imprudence de Vanel ainsi constatées, il appartenait à la Cour impériale de répartir, suivant une appréciation équitable, la responsabilité du préjudice résultant de la nullité de l'acte du 18 juillet 1837, en ce qui concerne la dame Drevet, entre le notaire et Vanel ou ses héritiers : que le faisant ainsi, l'arrêt n'a violé aucune loi [1]. »

On le voit, la Cour suprême déduit la légitimité de la division de la responsabilité, de la co-existence d'une faute de la part du notaire, d'une imprudence de la part de celui qui se plaint. Nous comprenons que la certitude d'une faute commune justifie et explique cette division.

[1] 31 mars 1863; — *J. du P.*, 1863, 865.

Mais lorsque la faute n'est que d'un seul côté, comme lorsqu'il s'agit de la nullité totale ou partielle d'un testament, la peine ne saurait en être partagée dans une proportion quelconque. L'indulgence pour l'un peut devenir une injustice pour l'autre, et cependant, selon l'expression d'un célèbre magistrat, il n'y a pas à hésiter entre celui qui n'a fait même que se tromper et celui qui souffre.

491. — Le notaire est garant de l'individualité des parties. A défaut de connaissance personnelle suffisante, il doit faire constater cette individualité par deux témoins spéciaux. La négligence qu'il aurait mise à l'accomplissement de ce devoir constituerait une faute lourde, des conséquences de laquelle il devrait répondre.

492. — Répond-il également de leur capacité? On induit la négative de l'obligation dans laquelle se trouve le notaire de prêter son ministère lorsqu'il en est légalement requis; du silence gardé par la loi spéciale sur cette capacité; de ce que, pour les interdits eux-mêmes, ses devoirs se bornent à porter leurs noms sur le tableau et à exposer ce tableau dans son étude; enfin de ce que l'engagement pris par l'incapable est susceptible de ratification, ce qui prouve que la loi n'a pas entendu l'empêcher de contracter d'une manière absolue. On ajoute que chacun doit connaître d'ailleurs la condition de celui avec qui il traite, qu'ainsi la faute commise à cet égard est bien plutôt imputable à la partie qu'au notaire.

Ces considérations nous paraissent décisives. Aussi n'hésitons-nous pas à admettre l'absence de toute responsabilité toutes les fois que le capable a traité directement avec l'incapable; les devoirs du notaire ne peuvent pas

être de se livrer à des recherches qu'il doit supposer avec raison avoir été faites par la partie intéressée. L'assentiment de celle-ci a dû prévenir même le soupçon.

Ainsi l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 24 juillet 1856, décide bien en droit que les notaires ne sont point tenus de se faire attester par les parties contractantes la position de celles-ci au point de vue de leur état civil; que les articles 11 et 13 de la loi du 25 ventôse an II, qui les oblige à se faire certifier l'état des parties et à mentionner leurs qualités, n'ont entendu parler que des désignations propres à constater l'individualité des parties, c'est-à-dire de leur titre ou de leurs fonctions; qu'en conséquence le notaire rédacteur d'un acte de vente, n'est point responsable de ce que le vendeur, n'ayant pas été interpellé par lui sur le point de savoir s'il était marié, l'acheteur croyant, à tort, celui-ci non marié, a payé son prix sans purger les hypothèques légales.

Mais on sait l'influence qu'exercent devant les tribunaux les faits spéciaux aux espèces qui s'offrent à leur appréciation. Or dans celle qui lui était soumise, la Cour d'Orléans a le soin de constater que le 12 janvier 1850, vendeur et acquéreur seuls débattaient et arrêtaient définitivement à Paris les clauses de l'acte de vente dans lesquelles celle proposée et acceptée d'un payement actuel et comptant; que dès lors les notaires n'avaient été choisis que pour donner à des conventions préexistantes l'authenticité qui leur manquait, et qu'en cet état une question de responsabilité ne pouvait résulter contre ces officiers publics d'un défaut d'interpellation sur l'état civil et sur la situation hypothécaire du vendeur.

Enfin l'arrêt constate que l'acheteur avait eu la faculté de ne pas se libérer en profitant des précautions stipulées

dans l'acte même; qu'en renonçant à s'en prévaloir, il avait suivi aveuglément la foi de son vendeur et avait ainsi seul déterminé le préjudice dont il se plaignait [1].

Ces constatations enlèvent dans une certaine mesure, à l'arrêt, son caractère doctrinal, et lui impriment celui d'une solution d'espèce. Donc, en pur droit et abstraction faite de toutes circonstances de fait, le notaire pourrait être responsable, si l'ignorance de la position civile de la partie, était le résultat de son imprudence ou de sa légèreté.

C'est ce que la Cour de Cassation a formellement consacré, en jugeant le 11 août 1857, que le notaire rédacteur d'un acte dans lequel l'une des parties a dissimulé son état civil, et notamment sa qualité de femme mariée pour se soustraire à la nécessité de l'autorisation maritale, est responsable de la nullité de cette acte prononcée à raison de la dissimulation qui y a été faite, s'il a négligé par légèreté ou imprudence de s'assurer du véritable état de la partie [2].

La Cour suprême ne se croit pas autorisée à contrôler la solution de fait admise par la Cour impériale. Elle accepte donc comme constante et acquise la faute du notaire, et en déduit les conséquences légales.

Or, ses conséquences sont comme nous le disions tout à l'heure, la nécessité de réparer la perte. Ainsi, dans l'espèce, l'acte déclaré nul était un cautionnement; et malgré que ce cautionnement ne fût que de 2889 fr. 75 c., le notaire avait été condamné à payer 9706 fr. 71 c.

Cette condamnation était dénoncée à la Cour régula-

[1] D. P., 57, 2, 17.
[2] D. P., 58, 1, 135.

trice comme devant motiver la cassation de l'arrêt. L'acte vicieux, disait le pourvoi, n'avait pour objet qu'un cautionnement s'élevant à 2886 fr. 75 c. Dès lors le préjudice résultant de la perte de ce cautionnement, conséquence du vice reproché, n'était que de cette somme et non de celle de 9706 fr. 75 c., montant des repétitions que l'administration pouvait avoir à exercer contre l'adjudicataire cautionné.

« Mais, répond la Cour suprême, dès qu'il était reconnu qu'il y avait eu de la part du notaire une faute dont il était responsable, les dommages-intérêts devaient être du montant de la perte éprouvée; par conséquent ils ne devaient pas être fixés à 2889 fr. 75 c., montant du cautionnement contracté, en vertu de la procuration nulle, mais à la somme de 9709 fr. 71 c., à laquelle s'est élevée le préjudice éprouvé par l'administration. »

Ainsi se trouve justifiée la critique que nous faisions de l'arrêt du 27 novembre 1837, qui permet de fixer arbitrairement le chiffre des dommages-intérêts. Nous pouvons donc répéter, et cette fois en nous étayant de l'autorité de la Cour de Cassation, que l'existence de la faute reconnue, les dommages-intérêts doivent se composer de la totalité de la perte dont elle est l'occasion.

Nous ferons cependant remarquer que la loi ne fait pas du notaire un instrument passif: qu'à côté des devoirs positifs qu'elle lui impose, il est des devoirs moraux qui l'assujettissent au même titre. Il manquerait gravement à ceux-ci, si connaissant l'incapacité de l'une des parties, il ne faisait pas à l'autre les observations pouvant lui faire connaître son erreur. Ainsi le silence qu'il aurait gardé l'obligerait à réparer le préjudice souffert par celle-ci, si l'on prouvait que l'incapacité de l'autre lui était parfaitement connue, s'il n'avait pu l'ignorer.

Il y a même plus, si le notaire acquiert ou a la conviction qu'une partie n'est pas en état de comprendre la portée de son engagement et de donner un consentement sérieux et éclairé, il doit refuser de prêter son ministère à un acte qui ne peut réellement exister sans ce consentement.

Ce devoir devient bien plus étroit encore lorsque l'acte qu'on sollicite de lui est de nature à compromettre des tiers non présents, comme, par exemple, une procuration donnée par l'incapable à l'effet d'aliéner ou d'hypothèquer ses immeubles.

Dans cette hypothèse, celui qui traite directement avec l'incapable n'a qu'un seul intérêt, celui de déguiser l'incapacité. Le notaire doit donc redoubler de vigilance. Toute négligence acquerrait le caractère de faute lourde. Le tiers, victime de la procuration, obtiendrait donc un recours utile contre le notaire, en prouvant, par exemple, que celui-ci a pu facilement se convaincre de l'état mental du constituant.

493. — La preuve que le notaire connaissait l'incapacité, et qu'il a cependant reçu la procuration, constituerait à sa charge un dol réel et certain. L'obligation de réparer le préjudice en résultant serait de plein droit admise.

Cette double preuve peut être faite par témoins : elle peut dès lors résulter aussi d'un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes. L'une et l'autre amènerait à un résultat identique la responsabilité du notaire.

C'est ce que la Cour d'Aix a taxativement jugé sur ma plaidoirie, le 23 avril 1848 . [1]

[1] Arrêt d'Aix, 23 avril 1847, inédit.

494. — La responsabilité de l'avoué est plus large que celle du notaire. Officier public comme celui-ci, il est de plus, et dans tous les cas, mandataire, et mandataire salarié[1] de la partie. La permanence de ce caractère produit un effet analogue à celui que nous lui avons vu produire pour le notaire, lorsque celui-ci l'accepte incidemment.

Dès lors, comme tout citoyen, l'avoué répond de son dol; comme officier public, il répond de sa faute; comme mandataire, il répond de la négligence qu'il a mise dans l'exécution de la mission qui lui est confiée.

495. — Cette triple responsabilité résulte non pas seulement des principes généraux du droit, mais encore de dispositions spéciales que la loi a cru devoir consacrer. Prévoyant tous les cas possibles, même celui où obéissant à un sentiment d'avidité, heureusement fort rare, l'avoué se préoccuperait baucoup plus de ses propres intérêts que de ceux dont il a accepté la défense, elle a voulu les atteindre tous d'une manière nette et précise.

496. — De là les articles 132 et 1031 du Code de procédure civile. L'avoué qui a excédé les bornes de son ministère, celui qui aura fait des actes ou une procédure nulle ou frustratoire, ou ayant donné lieu à l'amende, devra en supporter personnellement les dépens. Il pourra en outre, suivant l'exigence des cas, être passible des dommages-intérêts de la partie, et même être suspendu de ses fonctions.

Ainsi la loi n'admet plus l'excusabilité pour la faute légère. Elle est punie par la condamnation aux frais des

[1] *Vid.* art. 1992. Cod. civ.

actes nuls ou frustratoires, Elle laisse, pour la faute lourde et pour le dol, une large part à l'appréciation des magistrats, qui peuvent les punir sévèrement par une allocation pécuniaire, par une peine de discipline.

497. — Mais plus une loi est sévère et plus on doit se montrer jaloux d'en renfermer l'application dans ses justes limites. Conséquemment la responsabilité de la faute ne devra être appliquée à l'avoué qu'à la condition que l'acte imputé ne puisse se justifier par des raisons plausibles ; que le fait reproché émane directement de lui.

Or, la première condition n'existerait pas si l'avoué placé entre deux opinions également probables, s'était prononcé pour celle qu'il a considérée comme la plus légitime, si cette option s'est réalisée sans dol ni fraude; tel serait, par exemple, le cas où la nullité résulterait de l'inobservation d'une formalité à l'égard de laquelle la jurisprudence est incertaine et la doctrine divisée [1].

D'autre part, l'avoué serait sans reproche si l'acte lui avait été remis tout rédigé par la partie, [2] ou que la signification n'en eût été faite que sur la réquisition expresse de celle-ci ; [3] dans l'un comme dans l'autre cas, l'acte n'est plus le fait direct de l'avoué, qui a dû le faire malgré son opinion même, car, mandataire du client, il est forcé d'obéir à la volonté expressément manifestée par celui-ci.

498. — L'avoué est responsable, comme de son fait direct, des personnes qu'il s'associe ou qu'il se substitue

[1] Toulouse, 10 juin 1825.—*Voy. ce que dit M. Laurent, vol. XX, 4° 505.

[2] Caen, 27 mars 1813.

[3] Montpellier, 24 juin 1826.

dans l'exercice de ses fonctions. Mais cette responsabilité cesse pour tous les actes pour lesquels, n'ayant ni attribution, ni caractère, il est forcé de s'adresser à d'autres qu'à lui-même. C'est ainsi que la nullité d'un exploit confié à un huissier ne saurait être attribuée à l'avoué qui l'a choisi. L'huissier, en effet, est, pour tous les actes qu'il fait, présumé le mandataire direct de la partie. La faute qu'il commet lui est donc exclusivement imputable, seul il en supporte les conséquences. La responsabilité de l'avoué se restreint dans les faits rentrant dans ses attributions et dont il est tenu, alors même qu'il justifierait que la faute provient d'un tiers auquel il s'en est rapporté[1]. Cette obligation est la conséquence de la liberté qu'il avait de ne pas se confier à une personne ignorante ou incapable. Or, cette liberté n'existe pas lorsque le ministère de l'huissier est indispensable.

Au reste, il est quelquefois difficile de déterminer à qui, de l'avoué ou de l'huissier, incombe la responsabilité d'une faute. Nous aurons bientôt occasion de nous livrer à cette recherche. Nous nous bornerons en ce moment à rappeler une distinction qui domine la matière : à l'avoué, la responsabilité de ce qui tient la direction de la procédure; à l'huissier, la responsabilité de ce qui concerne taxativement l'exploit ou l'exécution du jugement.

499. — Pour que l'avoué puisse être condamné à des dommages-intérêts, il faut : 1° qu'il soit convaincu d'une faute lourde; 2° que cette faute ait occasionné un préjudice. C'est à cette double éventualité que s'applique

[1] Carré, sur l'article 1031.

la restriction de l'article 1031 : *suivant l'exigence du cas.* C'est donc au demandeur à prouver l'existence de la faute, celle du préjudice.

La faute lourde peut-être prouvée par l'acte qu'on reproche à l'avoué d'avoir fait, ou de s'être abstenu de faire. L'impéritie qui porte l'avoué à faire un acte contraire à la loi, ou à omettre une formalité indispensable dans l'intérêt qu'il défend, est susceptible à elle seule de constituer une faute lourde, donnant lieu à des dommages-intérêts.

Ainsi, la Cour d'Aix a jugé, le 17 juin 1828, qu'il doit être prononcé des dommages-intérêts contre l'avoué par la faute duquel un appel aurait été déclaré nul comme prématurément réalisé, alors même que le client lui a laissé l'acte d'appel tout rédigé, mais avec la date en blanc, et avec l'intention que la signification n'eût lieu qu'en temps utile, intention résultant de ce que, quoique remis dans le mois où le jugement a été rendu l'acte d'appel porterait à la date de ce jugement ces mots : rendu le... *du dernier mois*, expressions qui auraient été changées par l'avoué, ou par son clerc, en celles-ci : *du mois courant.* [1]

500. — On s'est demandé si, comme officier public, l'avoué devait répondre des conséquences des conseils qu'il a pu donner. La négative a été, avec raison, consacrée, car l'avoué ne saurait être considéré, quant à ce, que comme le serait une personne ordinaire. C'est ainsi que la Cour de Caen a décidé, par arrêt du 16 mars 1842, qu'un conservateur des hypothèques n'a aucun recours

[1] D. P. 28, II, 190.

contre l'officier ministériel sur les observations duquel il a mal à propos radié une inscription qui ne devait pas l'être.

L'arrêt ajoute : lorsque ces observations ont été faites de bonne foi, et cette condition est aussi rationnelle que juste. Il est sensible, en effet, que l'avoué doit répondre des actes qu'il a obtenus par des moyens que la morale réprouve. Il répond notamment des frais d'un procès qu'il a insidieusement et de mauvaise foi fait soutenir. Mais, dans ce cas, le jugement qui le condamne doit, à peine de nullité, constater en fait et déclarer que le conseil a été donné insidieusement et de mauvaise foi [1].

501. — L'avoué peut-il être condamné soit aux frais, soit aux dommages-intérêts, sans avoir été mis personnellement en cause?

La négative ne saurait être contestée à l'endroit des dommages-intérêts; ils ne peuvent jamais être alloués que sur la demande formée par la partie. Or, comment supposer une demande contre une personne qui n'est pas présente, qui n'a pas même été appelée?

Mais, en ce qui concerne les frais, la jurisprudence de plusieurs Cours et Tribunaux consacre l'affirmative. Dans cette pratique, on condamne personnellement l'avoué aux dépens, par cela seul que la procédure est annulée par un fait qu'on déclare émaner de lui, ou que l'acte est reconnu frustratoire.

Nous ne saurions trop nous élever contre une pareille manière de procéder. Les frais mis à la charge de l'avoué sont une véritable peine, et l'équité exige qu'il n'en soit

[1] Cass., 13 juillet 1834; — Montpellier, 11 mars 1842.

appliqué aucune sans que celui qui en est l'objet ait été mis à même de se défendre.

La jurisprudence que nous signalons viole donc le droit sacré de la défense, et cela d'autant plus mal à propos, que celle de l'avoué peut être de nature à l'absoudre complètement du tort apparent qui lui est imputé.

Nous avons dit, en effet, que l'avoué est excusable lorsque sa faute avait été déterminée par des raisons plausibles ; qu'il n'avait même aucune faute à se reprocher lorsque, mandataire, il n'a fait qu'obéir à une injonction formelle du mandant, et ces excuses légales, il ne pourrait pas même les proposer !

Mais, dit-on, s'il en est ainsi, l'avoué aura un recours utile contre son client, qu'il fera condamner à l'indemniser. Nous convenons que l'avoué trouverait dans ce recours le moyen de faire disparaître le préjudice matériel. Mais le préjudice moral résultant d'une condamnation publiquement prononcée, comment l'effacer? Ne restera-t-elle pas consignée dans les minutes du greffe, cette condamnation qui flétrit l'avoué en le déclarant improbre ou ignare? Eloignée de la décision qui la rétracte, ne sera-t-elle pas exploitée par ceux qui auront intérêt à lui donner de la publicité?

N'est-il donc pas plus naturel d'attendre, pour condamner un officier ministériel, de l'avoir contradictoirement convaincu? Sans doute il ne faut pas que la faute de l'avoué reste impunie, mais les tribunaux ne peuvent d'office, ordonner la réparation du préjudice, alors surtout que personne ne s'en plaint encore. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de mettre la partie intéressée à même d'obtenir la satisfaction qui lui est due. En conséquence, et tout en condamnant celle-ci, les magistrats doivent, s'ils

le jugent possible, lui réserver son recours contre l'avoué pour tout ou partie des dépens. Ainsi mise en demeure d'exercer son droit, la partie aura à se pourvoir ainsi qu'elle avisera.

M. Chauveau ajoute une considération qui nous paraît d'une grande force. La loi a institué les deux degrés de juridiction en faveur de tous les justiciables. Personne ne peut être condamné par une Cour, si déjà la condamnation n'a été prononcée par le tribunal inférieur. Cela est vrai pour les actions fondées sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, comme pour toutes les autres. Or, une Cour qui condamne un avoué aux dépens, le prive du premier degré, car sa décision est souveraine et ne peut plus être attaquée autrement que par le recours en cassation, qui n'est jamais suspensif.

Ainsi, violation du principe de la libre défense, violation du principe constitutif des deux degrés de juridiction, voilà le principe que nous combattons. M. Chauveau a raison, ce système n'est admissible que si l'on admet que, en acceptant ses fonctions, l'avoué s'est placé hors de la loi commune.

502. — Comme l'avoué, l'huissier est le mandataire de la partie pour laquelle il instrumente. Ses devoirs prennent leur origine dans des principes identiques, sa responsabilité est donc la même.

Aussi, la loi les a-t-elle confondus dans les dispositions des articles 132 et 1031 du Code de procédure. Mais déjà, et dans l'article 71, la responsabilité de l'huissier avait été nettement formulée : *L'huissier peut être condamné aux frais de l'exploit ou de la procédure annulée, sans préjudice des dommages-intérêts de la partie, suivant les circonstances.*

503. — On a cru trouver dans cet article une preuve que la condamnation de l'huissier aux frais n'était qu'une faculté que le législateur abandonnait à la prudence des tribunaux, d'où l'on a conclu que l'huissier n'était obligatoirement tenu que de la faute lourde.

A notre avis, cette opinion est erronée. L'huissier est mandataire salarié et, au point de vue de l'article 1992 du Code civil, il doit répondre même de sa négligence. L'article 71 n'a pu le dispenser d'une obligation imposée sur le même motif à l'avoué. La possibilité dont il s'y agit doit donc être interprétée dans le même sens qu'on lui donne dans l'article 132, et, ce qui le prouve, c'est que l'article 1032 fait un devoir de laisser à la charge des officiers ministériels les frais des actes ou procédures nulles ou frustratoires.

Les mots *pourront* des articles 71 et 132 ne peuvent, en présence de l'article 1031, s'entendre que de la faculté qu'ont les parties de faire condamner l'huissier. Ils ne peuvent signifier que la demande faite pourra être rejetée, car, dans ce sens, ces deux articles auraient été abrogés par le dernier, qui fait un devoir de ce dont ceux-ci auraient fait une simple faculté.

L'huissier est donc tenu même de la faute légère, avec cette seule différence que celle-ci ne l'expose qu'aux frais des actes nuls, tandis que le dol ou la faute lourde lui ferait encourir l'obligation de supporter les dommages-intérêts.

504. — Il importe de répéter ici ce que nous disions tout à l'heure pour l'avoué. L'huissier ne peut être tenu que de son fait personnel. Cette considération acquiert en ce moment une haute portée, car le ministère de l'huissier a de tels rapports avec celui de l'avoué, qu'il est quel-

quefois difficile de distinguer la part que chacun a réellement pris au fait qualifié faute. C'est ainsi qu'on a eu à se demander si l'huissier répond de l'acte qu'il a signifié, mais que l'avoué lui a remis tout rédigé?

505. — MM. Pigeau et Demiau Crouzilhac soutiennent la négative. Ils enseignent qu'en pareil cas c'est l'avoué qui encourt la responsabilité. C'est ce qu'a aussi décidé la Cour de Caen par arrêt du 27 mars 1813.

Mais la doctrine contraire ayant été consacrée par la Cour d'appel de Metz, a reçu la sanction de la Cour de Cassation. Celle-ci a pensé que la responsabilité d'un acte quelconque, quelle que fût la participation qu'un tiers y eût prise, appartient exclusivement à l'officier ministériel dans les attributions duquel cet acte a été placé, et dont le ministère était indispensable [1].

506. — Cette solution, à laquelle se sont rangées les Cours de Besançon et de Grenoble, est approuvée par M. Chauveau : « La doctrine contraire, dit ce jurisconsulte, est inacceptable; autant vaudrait dire que le clerc rédacteur est responsable vis-à-vis de la partie, et que l'huissier et l'avoué, qui se sont confiés à lui, n'encourent aucune responsabilité. L'huissier est légalement l'auteur de l'exploit, c'est lui qui doit veiller à ce qu'aucune des formalités nécessaires n'y soit omise; il ne peut donc exciper de ce qu'un autre aurait tenu la plume, ce qui ne pourrait d'ailleurs se faire que sous sa surveillance [2]. »

L'arrêt de la Cour de Cassation nous paraît important

[1] Cass., 21 février 1821.

[2] Chauveau sur Carré, art. 71.

surtout par la netteté du principe qu'il consacre, à savoir: que la responsabilité de l'acte appartient à celui qui avait seul attribution et caractère pour l'accomplir. C'est par son application que se résoudront toutes les difficultés que la matière doit présenter. A l'huissier donc de répondre de tout ce qui tient taxativement à l'exploit; à l'avoué la responsabilité de ce qui concerne la direction de la procédure. En d'autres termes, l'on doit faire pour les actes de procédure ce que nous faisions pour les actes notariés, distinguer entre les nullités intrinsèques. et les nullités extrinsèques; celles-ci appartiennent exclusivement à l'huissier.

507. — C'est ainsi qu'on l'a déclaré responsable de la nullité de l'exploit parce que la copie a été remise au maire sans aucune mention de la présentation à un voisin [1] :

Parce que la date a été omise ou non suffisamment indiquée [2] ;

Parce qu'on aurait omis l'indication du délai de l'assignation [3];

Parce que le *parlant* a été constaté d'une manière irrégulière [4];

Parce qu'on aurait omis la signature [5] ou l'indication du domicile réel du demandeur [6];

Parce que l'huissier était sans qualité [7].

[1] Rouen. 1er août 1810.
[2] Colmar, 28 juillet 1812; — Metz, 18 juin 1819.
[3] Bruxelles, 16 mars 1831.
[4] Paris, 22 septembre 1809; — Grenoble, 7 août 1822.
[5] Poitiers, 13 août 1819.
[6] Poitiers, 21 mai 1834.
[7] Grenoble, 14 avril 1818.

Chacune de ces nullités constitue une violation des devoirs que la loi impose à l'huissier. Il est donc naturel qu'il réponde de l'impéritie ou de la négligence qui en est le fondement. Il en serait de même pour tous les cas où dans l'exécution d'un jugement ou d'un titre, l'huissier n'aurait pas rigoureusement exécuté les formes prescrites.

Dans ce cas, la condamnation de l'huissier serait indépendante de la validité de l'acte. Ainsi, la saisie faite sans que les garanties voulues par l'article 587 aient été observées, n'en est pas moins valable, mais l'huissier qui a ainsi procédé a commis une faute dont il doit la réparation à la partie saisie. C'est ce que la Cour d'Aix a jugé sur ma plaidoirie dans l'affaire de l'huissier Roux contre Mlle Saint-Martin.

508. — Quant aux nullités intrinsèques résultant soit de l'insuffisance de la procédure entamée, soit des désignations inexactes que l'huissier, sur les faux renseignements de l'avoué ou de la partie, a insérées dans son exploit, elles ne sauraient, sous aucun rapport, lui être imputées [1]. La responsabilité en demeure donc exclusivement à la charge de l'avoué ou de la partie.

Par application de ce principe, il a été jugé :

1° Que l'huissier n'est pas responsable de la nullité d'un appel qu'on l'a chargé de notifier soit avant l'expiration de la huitaine, soit après le délai de trois mois [2];

2° Qu'il ne répond pas de ce que la notification à des créanciers inscrits ne comprend pas l'universalité de ces créanciers [3];

[1] Cass., 28 octob. 1811, 29 août 1832.
[2] Aix, 17 juin 1821.
[3] Metz, 31 mars 1821.

3° Qu'on ne saurait lui reprocher la nullité d'un emprisonnement résultant de ce que le créancier lui a remis une constitution d'avoué, au lieu d'une élection de domicile, à énoncer dans le procès-verbal [1].

Ces exemples nombreux nous ont paru utiles à rappeler, parce qu'ils déterminent la véritable portée du principe que nous rappelions tout à l'heure. Ils enseignent en outre à faire la part de l'avoué, de l'huissier, de la partie elle-même, dans les questions de responsabilité qui peuvent se présenter.

509. — Nous dirons de l'huissier ce que nous disions tout à l'heure de l'avoué, à savoir qu'il ne doit pas être condamné sans avoir été entendu. Nous ajoutons qu'il ne peut être même valablement poursuivi qu'après que la nullité de l'acte a été prononcé par la justice. Toute demande contre lui serait non recevable, tant que cette nullité n'est pas un fait acquis.

510. — Le mandat de l'huissier cesse avec l'acte qu'il a notifié. Il continue cependant si l'exploit renferme élection de domicile dans son cabinet. Entre autres devoirs, cette élection lui impose l'obligation de transmettre fidèlement et en temps opportun toutes les significations qui sont faites pour la partie. Le retard dans cette transmission, et à plus forte raison son omission complète, obligerait l'huissier à réparer le préjudice qui naîtrait de l'un ou de l'autre.

511. — Nous terminerons, en ce qui concerne les

[1] Lyon, 9 mai 1828.

officiers ministériels, par deux observations s'appliquant aux avoués aussi bien qu'aux huissiers :

1° Le désaveu admis en justice rendrait celui qui en a été l'objet passible de tous les frais que les actes désavoués auraient entraînés. Il pourrait de plus autoriser une allocation de dommages-intérêts en faveur de la partie qui réclamerait d'être indemnisée du préjudice qu'elle prouverait exister[1] ;

2° Dans l'hypothèse de faute lourde, de dol, comme dans tous les cas où il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts, leur allocation est subordonnée à la preuve qu'il existe un préjudice. Les dommages-intérêts ne peuvent jamais être que l'indemnité d'un dommage et non l'objet et un bénéfice pour celui qui les réclame. C'est donc à celui-ci à prononcer ce dommage. A défaut de cette preuve, la responsabilité des officiers ministériels, quel que fût le motif de la prononcer, se bornerait au payement des frais des actes ou de la procédure annulée.

Ajoutons que les officiers ministériels engageant leur responsabilité *in committendo*, ne l'engagent pas moins *in omittendo*. Ainsi, celui qui s'est abstenu de faire un acte que l'intérêt de son mandat exigeait impérieusement, et qu'il avait mission d'accomplir ou de provoquer, serait passible des conséquences de cette omission et tenu, dès lors, de réparer le préjudice qui en serait résulté.

[1] Cass., 7 novembre 1849. — D. P., 49, 1, 285.

CHAPITRE IV

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION

SOMMAIRE

512. Il ne suffit pas qu'une demande soit fondée, il faut en outre qu'elle soit recevable.
513. Nature et distinction des fins de non-recevoir.
514. Nomenclature.

512. — L'existence d'un droit n'autorise pas toujours l'action destinée à le réaliser. Celui-là donc qui prétend se pourvoir en justice doit se préoccuper non-seulement de la légitimité, mais encore de la recevabilité de sa demande. Peu importe, en effet, qu'un dol ait été pratiqué à son encontre, qu'il en ait éprouvé un notable préjudice, si, par négligence ou par un acte émané de sa volonté, il s'était rendu non-recevable à poursuivre la réparation qui lui est due.

513. — Les moyens tendant à faire déclarer la non-recevabilité d'une action constituent des fins de non-rece-

voir, dont la nature et les effets diffèrent essentiellement, suivant qu'elles s'appliquent à la forme ou au fond.

Les premières, qu'on qualifie plus exactement de fins de non-procéder, n'ont pour objet que la nullité de la procédure irrégulièrement poursuivie, et que le demandeur est obligé de recommencer. Elles sont donc purement dilatoires, à moins que l'intervalle consacré à la formalité irrégulière n'ait complété la prescription du droit. Ces fins de non-procéder n'ont donc d'avantages réels que sous ce dernier rapport.

Les autres, au contraire, négligent la forme pour s'attaquer au droit lui-même, qu'elles ont pour but de faire déclarer à tout jamais éteint. Leur consécration enlève à l'action tout principe de vitalité et amène le déboutement de la demande quelque juste, quelque fondée qu'elle puisse être. Leur existence est donc un fait capital et décisif. C'est aussi d'elles, et d'elles seules, que nous allons nous occuper.

Suivant M. Poncet, ces fins de non-recevoir constituent *des exceptions de pratique ou moyens non tirés du fond, ayant pour* FIN, *c'est-à-dire pour but, d'empêcher que l'action ou la défense de l'adversaire ne soit reçue ou écoutée, quelque juste qu'elle puisse être au fond. Comme si, par exemple, on oppose que les droits dont il se prévaut sont prescrits, ou qu'un jugement passé en force de chose jugée l'en a débouté, ou qu'il y a formellement ou tacitement renoncé* [1].

514. — Les principales fins de non-recevoir sont donc : la chose jugée, l'acquiescement [2], la prescription.

[1] *Des Act.*; tit. 4, chap. 2, nº 164.

[2] C'est de la ratification, et non de l'acquiescement, que l'auteur a voulu parler — *voy.* sect. II ci-après.

Chacune d'elles constitue une exception péremptoire, puisque son admission entraîne forcément le rejet de l'action contre laquelle on l'invoque. Leur importance exige que nous en recherchions les éléments, que nous en déterminions les conditions essentielles. Cet examen fait la matière des trois sections suivantes.

SECTION 1re.

DE LA CHOSE JUGÉE

SOMMAIRE.

515. Caractère de cette présomption.
516. Conséquences quant aux difficultés pouvant se présenter.
517. Conditions exigées pour qu'il y ait chose jugée.
518. Quels sont les jugements susceptibles de la créer ?
519. Jugements provisionnels.
520. Jugements préparatoires ou interlocutoires.
521. Controverse à l'occasion de ces derniers.
522. Solution.
523. Opinion de Chauveau et jurisprudence qu'il cite.
524. Le jugement interlocutoire sur un point peut être définitif sur un autre. Conséquences.
525. A quelle époque les jugements définitifs ont-ils acquis l'autorité de la chose jugée ?
526. Différence entre les jugements entre premier et en dernier ressort.
527. Le jugement en premier ressort n'acquiert l'autorité de la chose jugée, à défaut d'appel, qu'à partir de sa signification.

528. Effet de la réalisation de l'appel.
529. Jugements rendus en pays étrangers.
530. Le dispositif des jugements fonde seul la chose jugée.
531. Conditions de la chose jugée.
532. 1° Identité d'objet.
533. Changements survenus depuis le premier procès.
534. Il y a identité d'objet si, après avoir échoué sur le tout, on redemande la partie.
535. Qu'en est-il dans l'hypothèse inverse ?
536. Le jugement au possessoire n'influe en rien sur l'action pétitoire.
537. Que faut-il entendre par la partie réclamée ?
538. 2° Identité de cause.
539. Il n'y a pas identité de cause lorsque le droit repose sur des motifs différents.
540. Exemple : les nullités extrinsèques ou intrinsèques.
541. Hypothèses jugées par la jurisprudence.
542. L'identité de cause ne doit pas être apprécié par les résultats que les deux instances doivent présenter.
543. Différence entre la cause et les moyens pouvant être invoqués.
544. La chose jugée sur un moyen l'est pour tous les autres.
545. Arrêt conforme de la Cour de Cassation.
546. C'est surtout pour la nullité d'actes que cette distinction est utile.
547. Classement à faire pour résoudre la difficulté.
548. 3° Identité des parties agissant en la même qualité.
549. Manières diverses d'être partie au procès.
550. 1° Ayant-cause. Les héritiers ou légataires à titre universel sont les ayants cause du défunt.
551. Les donataires ou légataires à titre particulier le deviennent quant à l'objet donné ou légué.
552. Mais les héritiers, légataires ou donataires ne sont pas les ayants cause les uns des autres. Conséquences.
553. L'acquéreur est, quant à l'objet vendu, l'ayant cause du vendeur.
554. Le vendeur n'est jamais l'ayant cause de l'acquéreur.

555. *Quid* des créanciers ?
556. 2° Mandataires conventionnels ou légaux. Identité du mandant et du mandataire.
557. Ce qui est jugé pour et contre le tuteur l'est contre le mineur.
558. Il en est de même pour le mari et la femme.
559. Mais ce qui est jugé entre la femme et un tiers ne l'est pas contre le mari, soit qu'il l'assiste et l'autorise, soit qu'il exerce les actions de celle-ci.
560. Fondement légal de cette doctrine.
561. L'instance suivie pour ou contre les syndics d'une faillite lie le failli et la masse.
562. Distinction en ce qui concerne les créanciers hypothécaires.
563. La chose jugée pour ou contre le failli, avant la faillite, est opposable aux syndics.
564. Y a-t-il identité de personnes entre le débiteur principal et la caution ?
565. *Quid* des débiteurs solidaires ?
566. L'identité de personnes réside bien plutôt dans la qualité en laquelle elles ont agi que dans les conditions physiques.
567. Conséquences.
568. *Quid* de l'instance jugée pour ou contre l'héritier apparent à l'endroit du véritable héritier ?
569. Mode d'appréciation de la chose jugée.

515. — De tous temps la chose jugée a été entourée du plus profond respect et a joui de la plus grande autorité. Considérée comme l'expression de la vérité, elle est devenue la loi irrévocable des parties : *Res judicata pro veritate habetur*.

Prise dans un sens absolu, cette présomption constituerait la plus audacieuse fiction qui se puisse imaginer. Elle proclamerait, en effet, une infaillibilité qui n'est pas dans les attributs de la justice humaine, qu'elle placerait ainsi au-dessus des passions qui l'assiègent et l'égarent.

Un orgueil aussi insensé ne pouvait pas être professé par le législateur. Il ne pouvait ignorer l'infirmité de la nature humaine, ses faiblesses. Aussi, pouvons-nous le dire sans crainte, la présomption de vérité, attachée à la chose jugée, tient à des considérations d'une autre nature, et cette pensée n'altère en rien le juste respect qui entoure notre magistrature. Sa dignité n'avait nul besoin qu'on la proclamât infaillible. Suffisamment défendue par la loyauté de ses intentions, elle peut répudier un caractère qui n'appartient qu'à Dieu et reconnaître que ses lumières ne la garantiront pas toujours d'une erreur.

C'est ce que, pour sa part, a admis le législateur; et, la possibilité d'une erreur ainsi envisagée, la chose jugée n'en doit pas moins être acceptée comme l'expression de la vérité. Un devoir puissant et sacré le prescrivait ainsi. Sans la stabilité des jugements, il n'y avait pas de société possible ; et le jour où l'on pourrait, sous prétexte d'erreur, remettre en question ce qui vient d'être solennellement décidé, verrait la confusion et le chaos se substituer à l'ordre admirable qui régit nos rapports communs.

516. — Ces considérations, qui fixent le sens et l'importance du principe que nous avons rappelé, nous amènent à cette conséquence : que nul ne sera tenté de contester le principe lui-même. On ne déniera jamais le respect dû à la chose jugée. Devant une exception de ce genre, tous les efforts se résumeront dans la dénégation des caractères qui la constituent. Avant donc d'appliquer le principe, les tribunaux auront presque toujours à rechercher s'il est réellement applicable à l'espèce qui leur est soumise. C'est pour les éclairer dans cette recherche

que l'article 1351 du Code civil a nettement déterminé les éléments dont l'ensemble constitue la chose jugée.

517. — Aux termes de cet article, il n'y a chose jugée que si la seconde instance porte sur le même objet que celui qui était demandé dans la première; que si la demande repose sur la même cause; que si elle a lieu entre les mêmes parties. Avant d'examiner chacune de ces conditions, examinons celle qui les domine toutes, à savoir : l'existence d'un premier jugement susceptible d'acquérir ou ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

518. — Toutes les décisions judiciaires ne sont pas de nature à fonder l'autorité de la chose jugée : *Non vox omnis judicis judicati continet auctoritatem*[1]. Pour revêtir ce caractère, le jugement doit épuiser le litige, de manière à ce que le même juge soit désormais sans attribution pour prononcer entre les parties : *Res judicata dicitur quæ finem contraversarium pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit*[2].

519. — A ce titre, les jugements qui se bornent à statuer sur la provision ne peuvent jamais donner lieu à

[1] L. 7, Cod., *De sent. et interl.*

* N. B. L'autorité de la chose jugée n'appartient qu'aux jugements rendus en matière de juridiction contentieuse.

Elle ne résulte pas, par exemple, des jugements et arrêts qui homologuent des avis du conseil de famille autorisant des actes dans lesquels un incapable est intéressé. — Civ. cass. 18 juill. 1826; Req. 17 oct. 1849, Sir. 50,1.299.

[2] L. 1, Dig., *De re judicata.*

l'exception de la chose jugée [1]. Cela est d'autant moins douteux, que l'effet de ces jugements est nécessairement subordonné au jugement définitif, d'après lequel, les sommes reçues à titre de provision devront, dans quelques circonstances, être remboursées. Le pouvoir du juge d'ordonner ce remboursement, comme de rétracter les autres mesures provisionnelles, n'a jamais été ni pu être contesté. Celui-là donc qui n'aurait à exciper que d'un pareil jugement, à l'appui de son exception de chose jugée, ne pourrait être écouté.

520. — Les jugements préparatoires ou interlocutoires peuvent-ils acquérir l'autorité de la chose jugée? Evidemment non, si la définition que nous venons d'emprunter au droit romain est exacte [2]. En effet, ces jugements n'épuisent pas la juridiction du juge dont ils émanent; ils mettent si peu fin au litige, que leur objet consiste uniquement à mettre ce litige à même de recevoir une solution définitive.

De là il résulte que, lors même que les jugements préparatoires ou interlocutoires n'ont pas été exécutés,

* [1] *Voy.* en ce sens, Pothier, *oblig.* 11.851; Duranton, XIII, 451; Toullier, X, 95; Larombière, V. art. 1351, n. 17; Req. 27 févr. 1812; 26 juin 1816; Civ. rej. 17 août 1853, Sir. 54.1.777.

* [2] Il est de Jurisprudence que les jugements préparatoires et les jugements simplement interlocutoires n'ont pas l'autorité de la chose jugée, en ce sens qu'ils ne lient pas les tribunaux quant à la décision définitive qu'ils sont appelés à rendre. — Req. 29 mai 1828; Civ. cass. 27 févr. 1838, Sir. 38. 1. 216; Req. 2 juill. 1839, Sir. 39.1.485; 20 août 1839, Sir. 40. 1. 239; 4 Janv. 1842, Sir. 42. 1. 349; Civ. rej. 19 mars 1844, Sir. 44. 1. 301; Req. 30 janv. 1856, Sir. 56. 1. 721; Civ. rej. 28 août 1865, Sir. 65. 1. 453; Req. 21 août 1871, Sir. 71. 1. 220; Civ. cass. 27 mai 1873, Sir. 73. 1. 463; Req. 25 nov. 1873, Sir. 75, 1, 398; Req. 27 avril 1875, Sir. 75. 1. 263.

leur existence ne peut être un obstacle à ce que les parties puissent revenir devant le juge et lui demander une décision sur le fond du procès. Elles peuvent soutenir que les faits indiquent suffisamment les droits qu'elles peuvent respectivement revendiquer. De son côté, le juge peut déserter les errements jusqu'alors suivis et prononcer définitivement, malgré qu'il eût refusé de le faire d'abord.

521. — Cela n'a jamais été contesté lorsqu'il s'agit d'un jugement préparatoire, mais le contraire a été soutenu dans le cas interlocutoire ; il est vrai que ces jugements diffèrent entre eux en ce sens que les premiers ne laissent pas même entrevoir quelle sera l'opinion du juge sur le fond du procès, tandis que les seconds semblent indiquer cette opinion. On peut croire, en effet, que si la preuve ordonnée est faite, la partie qui l'a sollicitée gagnera son procès. Ainsi, l'interlocutoire crée un préjugé qui ne saurait naître, dans aucun cas, du jugement purement préparatoire.

522. — Mais tout ce qui résulte de cette différence nous est positivement indiqué par l'article 451 du Code de procédure. L'appel du jugement préparatoire ne peut être reçu qu'avec celui du jugement définitif. Ce n'est, en effet, que par le résultat de celui-ci qu'on peut connaître celui à qui le jugement préparatoire a été préjudiciable. L'interlocutoire, au contraire, peut être immédiatement attaqué devant le degré supérieur par celui qui en redouterait les conséquences ou qui ne voudrait pas accepter le préjugé qui en résulte.

Le défaut d'appel ne peut donner au jugement un caractère qu'il n'a pas. L'interlocutoire demeure donc sans

effets obligatoires sur le fond du procès. La chose jugée peut bien résulter d'une décision formelle, mais elle ne s'attache jamais à un préjugé, quelque certain et positif qu'il soit. Or, l'interlocutoire ne saurait jamais créer qu'un préjugé.

Dès lors, celui qui, ayant d'abord contesté l'interlocutoire, l'a ensuite exécuté, pourra, après cette exécution et lors du jugement définitif, soutenir que la mesure ordonnée était inutile, chercher ailleurs que dans les procès-verbaux et les enquêtes les moyens de faire prévaloir ses prétentions. Ce qui lui est absolument et uniquement interdit, c'est de plaider la non-recevabilité de la preuve ou la non-admissibilité des faits articulés. Sur ces deux points, il y a dans l'interlocutoire une appréciation dont le contraire ne saurait être légalement prononcé que par le juge supérieur.

Ce que la partie peut faire est également facultatif pour le juge. Ainsi, le tribunal n'est pas obligé de persister dans l'opinion qu'il a pu concevoir sur l'importance et la nécessité de la preuve. Quelle qu'ait été cette opinion première, il peut la déserter si, mieux éclairée, sa conscience lui en fait un devoir. Il peut donc, après l'interlocutoire, décider contrairement au préjugé résultant de sa prononciation, et cela encore bien que les faits articulés et admis aient été complètement justifiés.

L'opinion contraire a été cependant soutenue. Mais ce n'est pas dans son sens que penchent la doctrine et la jurisprudence. Elle manque, en effet, de fondements juridiques, tandis que l'autre opinion s'étaye sur des considérations décisives en raison et en droit. Voici comment les résume M. Chauveau, dans son *Traité de la Procédure* :

523. — « Il est impossible qu'un jugement puisse être définitif sur le droit, lorsqu'il n'est qu'interlocutoire sur le fait; d'autant que le point de droit, n'étant que la raison de décider et non la matière immédiate du jugement, n'est pas susceptible d'une décision séparée. Aussi longtemps que l'objet en litige est en suspens et soumis à l'éventualité d'un avant-dire droit, le droit lui-même demeure indécis, le juge ayant pu adopter mentalement, décéler même une opinion ou un principe, mais non les réduire en jugement. Ce n'est cependant qu'à partir de ce jugement que l'autorité de la chose jugée peut être légalement acquise ou commencer à courir, car ce n'est qu'alors que le juge a rempli sa mission et qu'il est à tout jamais désinvesti de la connaissance du litige. Mais tant que ce désinvestissement ne s'est pas réalisé, le juge n'a pas dit son dernier mot sur le procès; il n'a pas dès lors la faculté, mais il doit encore considérer comme un devoir impérieux de juger en définitive suivant sa conscience et sa conviction, rejetant, si cette conviction l'exige, le principe que d'abord il avait adopté, pour revenir aux moyens soit de fait, soit de droit qu'il avait primitivement rejetés [1]. »

M. Chauveau cite un grand nombre de décisions souveraines qui ont consacré cette doctrine, doctrine qui, du reste, n'est qu'une saine application de la maxime adoptée par nos maîtres en législation: *Semper judici ab interlocutorio discedere licet.* Il est vrai que nos Codes n'ont pas renouvelé textuellement ce principe; mais qu'ils l'aient virtuellement admis, c'est ce dont il n'est pas possible de douter. L'orateur du gouvernement le proposait

[1] Chauve au sur. Carré. art. 451, 452.

comme règle dans l'exposé des motifs de la loi, de crainte que les magistrats ne se méprissent sur la nature et la portée de l'interlocutoire. *L'interlocutoire, en effet, sans autre objet que d'éclairer la religion des juges, pourrait finir par les égarer, dans la fausse persuasion qu'il se seraient liés eux-mêmes en le prononçant.*

Il est donc vrai, en droit français comme en droit romain, que le juge peut revenir de l'interlocutoire. Cela, certes, ne saurait signifier qu'un tribunal a la faculté, après avoir jugé la preuve recevable et les faits pertinents et admissibles, de décider plus tard le contraire. Le pouvoir de se réformer ainsi n'a jamais appartenu à une juridiction quelconque. Prise dans ce sens, la maxime que nous avons rappelée serait une monstruosité en droit. Tout ce qu'on doit en induire, c'est que malgré l'interlocutoire, qu'il ait été ou non exécuté, le juge peut et doit décider en sens contraire du préjugé que cet interlocutoire fait naître, si, mieux éclairée, sa conscience l'exige ainsi.

Concluons donc, de ce qui précède, que lorsqu'il s'agit de juger définitivement le procès, le juge reprend toute son indépendance, toute sa liberté d'action. Il peut donc négliger les résultats de l'interlocutoire, les repousser même complètement et puiser les éléments de sa décision dans les autres circonstances de la cause et dans les faits qui lui avaient d'abord paru insuffisants. Il peut même prononcer au fond sans que les mesures interlocutoires aient été remplies. Dès lors un jugement de ce genre ne peut, dans aucun cas, devenir la base d'une exception de chose jugée (1).

* (1) Voyez note sous le n° 520 ci-dessus.

524. — Un jugement interlocutoire sur un point peut être définitif sur un ou plusieurs chefs. C'est ce qui arrive lorsque, avant d'aborder le fond, le juge a à apprécier des exceptions, soit en la forme, soit inhérentes au droit lui-même. La disposition qui écarte ces exceptions n'a rien d'interlocutoire; elle constitue, à cet égard, un jugement définitif qui, s'il est acquiescé, acquiert l'autorité de la chose jugée et rend non-recevable à proposer plus tard les mêmes exceptions. (1)

525. — A quelle époque les jugements définitifs ont-ils acquis l'autorité de la chose jugée? L'ordonnance de 1667 contenait, à cet égard, une disposition expresse. L'article 5 du titre 27 disposait en ces termes : *Les jugements qui doivent passer en force de chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort et dont il n'y a pas d'appel, ou dont l'appel ne sera pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré péri.*

526. — L'ordonnance mettait donc sur la même ligne les jugements rendus en dernier ressort et ceux qui, pou-

* [1] Il est de jurisprudence que la chose jugée ne résulte que des jugements qui statuent d'une manière définitive sur le litige, ou des jugements qui, sans le vider ainsi, décident cependant définitivement certains points sur lesquels les parties sont en désaccord. — Voy. Civ. cass. 15 germ. au IX; Req. 15 juin 1831, Sir 32 1.214; 18 avril 1832, Sir. 32.1.465; Civ. cass; 13 mars 1883, Sir. 33. 1.651; Req. 12 avril 1847, Sir. 49. 1. 124; Req. 10 nov. 1847, Sir. 48. 1. 690; Civ. cass 14 janv. 1852, Sir. 52.1.208; 24 août 1859, Sir. 60.1.262; 18 janv. 1860, Sir. 60.1.328; 5 déc. 1860, Sir. 61.1.444; Req. 25 févr. 1863, Sir. 64.1.439; Civ. cass. 14 juill. 1869, Sir. 70,1.10; 4 juin 1872, sir. 72.1.272; Civ. rej. 6 déc. 1875, Sir. 76.1.355.

vant être attaqués par l'appel, ne l'avaient pas été. Notre Code de procédure n'a pas renouvelé cette disposition, mais il ne dit nulle part le contraire. Cette réserve absolue n'indique-t-elle pas qu'en cette matière il n'a entendu rien innover, et que conséquemment c'est par l'ordonnance elle-même qu'il faut décider la question que nous avons posée?

Or, la doctrine qu'elle consacre nous paraît juste et rationnelle, car les considérations qui recommandaient la disposition de l'ordonnance, n'ont pas cessé d'être vraies. Celui qui s'abstient d'attaquer un jugement contraire à ses intérêts est présumé en reconnaître le bien fondé et le mérite, et cette sanction donnée au jugement est la plus puissante de toutes. Sans doute, nul n'est contraint d'agir tant qu'il est dans les délais pour le faire. Aussi la présomption d'acquiescement cèdera-t-elle devant la manisfestation d'une volonté contraire, volonté qui sera libre de se produire au moment même où l'on voudra exciper de la présomption d'acquiescement. Mais tant que l'appel n'est pas réalisé, c'est cette présomption qui doit prévaloir. Ainsi, la différence entre un jugement rendu en dernier ressort et celui susceptible d'appel, c'est que le premier acquiert de plein droit l'autorité de la chose jugée, tandis que cette autorité n'est que momentanée pour le second, tant que les délais de l'appel ne sont pas expirés. (1)

* [1] La doctrine émise ici par M. Bédarride, en ce qui touche l'autorité de la chose jugée qu'il attribue aux jugements, tant qu'ils ne sont pas frappés d'appel, avait déjà été enseignée par Marcadé (sous l'art. 1351, n° 1) et nous l'avons critiquée dans nos *Questions sur la transcription*; n° 289-299), en réfutant les arguments basés par cet auteur sur la raison, sur les textes et l'autorité de Pothier. M. Troplong adhère entièrement à notre opinion. Il dit même, en parlant des propositions de Marcadé, que « ce sont là des paradoxes,

527. — Mais, pour l'admettre ainsi, il faut que la partie ait été mise en demeure d'agir par une signification du jugement. Un jugement non signifié n'est qu'un titre informe, constituant tout au plus une menace dans un avenir plus ou moins lointain, et contre laquelle on n'est pas tenu de se pourvoir. Il y a plus, celui qui abandonne, qui délaisse ainsi son titre, après l'avoir obtenu, peut être considéré comme s'il renonçait aux avantages qui en résultent, et le silence de la partie adverse n'a, en cet état, rien que de très naturel; on ne saurait exiger qu'elle le rompe qu'après qu'une notification est venu lui apprendre qu'on voulait profiter du jugement.

528. — L'appel réalisé suspend de plein droit l'autorité du jugement, alors même qu'il aurait été émis hors les délais ou après acquiescement. La non-recevabilité de l'appel, comme le mal fondé, ne peut être déclarée que par le degré supérieur. Ce n'est donc que par la décision de celui-ci que le jugement reprend ou perd à tout jamais l'autorité de la chose jugée.

Nous terminerons nos observations sur ce point en rappelant deux faits importants et qu'on ne saurait oublier dans la matière qui nous occupe.

529. — 1° Rendre la justice est un acte de souveraineté. En France, elle se rend au nom du peuple fran-

devant lesquels on passe au palais sans s'y arrêter », et que nous n'aurions pas dû prendre la peine de les réfuter. (*Transcription*, n° 229-230). Nous persistons à penser que notre théorie est exacte; mais nous regrettons que M. Troplong, en lui donnant l'appui de son autorité, se soit borné à quelques paroles de dédain pour la théorie professée par un jurisconsulte si sérieux que Marcadé.

çais et par des magistrats choisis et institués par le chef du pouvoir exécutif. Cette double circonstance, offrant toutes garanties aux citoyens, leur impose l'exécution des jugements comme un devoir rigoureux.

Mais on ne peut exécuter en France que les jugements émanés des tribunaux français. Dès lors, la chose jugée ne saurait jamais résulter d'un jugement rendu en pays étranger et par des juges étrangers, à moins que son exécution n'ait été ordonnée par un tribunal français. Or, on sait que la faculté donnée aux juges français, à cet égard, ne se borne pas à un enregistrement pur et simple. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Le juge a le droit de réviser le jugement étranger et de ne confirmer les adjudications qu'il prononce que s'il les trouve nécessaires et justes [1]. Le jugement de

* [1] Il existe sur ce point trois systèmes que nous devons rappeler : Le premier fait une distinction entre le cas où le jugement étranger, que le demandeur veut faire déclarer exécutoire en France par un tribunal français, a été rendu contre un français, et le cas où il a été prononcé contre un étranger. *Voy.* Maleville, sur les art. 14 et 2123; Valette, *Revue de droit français et étranger*, 1849, VI, p. 597; Demangeat, sur Fœlix, *Traité de droit international privé*, II, p. 82, note *a*; Fœlix, op. *cit*, II, 350 à 357; req. 7 janv. 1806; 27 août 1813. — Le texte de l'art. 121, de l'ord. de 16294, est favorable à cette doctrine.

Quand un tribunal est appelé à déclarer exécutoire un jugement rendu, à l'étranger, *contre un français*, et que la partie condamnée demande à débattre de nouveau ses droits, il est légalement obligé de procéder à la révision de ce jugement, c'est-à-dire d'examiner la valeur de la décision sous le rapport du fait et du droit, et de le réformer, s'il y a lieu.

Si c'est *contre un étranger*, le tribunal peut et doit, en général, se borner à examiner si l'acte qui lui est présenté, constitue, d'après la loi étrangère, un véritable jugement, au double point de vue des pouvoirs de l'autorité qui a rendu la décision et des solennités concernant l'administration de la justice, et s'il ne renferme rien de

révision est donc ici le véritable jugement, et, comme il émane de l'autorité française, il est, quant à la chose jugée, à l'instar des autres jugements.

530. — 2° Quels que soient les termes des motifs d'un jugement, quelle que soit la solution à laquelle ils puissent conduire, il n'y a chose jugée que sur ce qui est consigné dans le dispositif. Ce n'est que là, en effet, que la pensée réelle du juge se développe avec précision et netteté; que se trouve en quelque sorte le véritable jugement. C'est donc aussi et uniquement là qu'il faut chercher ce que le juge a fait, car on ne trouvera dans les autres parties du jugement que des indications sur ce qu'il a voulu faire. Or, la pensée du juge, tant qu'elle ne s'est pas traduite en jugement, ne saurait sortir à effet et moins encore donner naissance à l'autorité de la chose jugée.

C'est ce qui a été consacré par de nombreux arrêts de la Cour de Cassation, dont un, notamment, rendu le 9 janvier 1831, décide que, bien qu'un arrêt ait reconnu dans ses motifs que le terrain litigieux est vain et vague

contraire au droit public de la France. — *Voy.* Aubry et Rau VIII, § 769 *ter*, p. 414 et suiv.

Le second et le troisième système rejettent toute distinction entre l'hypothèse où le jugement étranger est rendu contre un français et celle où il est rendu contre un étranger.

Mais l'un admet la révision intégrale, l'autre la refuse, quelle que soit la nationalité de la partie condamnée. *Voy.* dans le sens du second système : Merlin *Quest. de dr.* v° jugement, § 14, n° 2; Toullier, X, 81, 82, et 85; Troplong, *hypothèques*, II, 451; Larombière, V, art. 1351, n° 6; Laurent, XX, 3; Civ. rej. 19 avril 1819; req. 11 janv. 1843. Sir. 43.1, 671.

Dans le sens du troisième système; Massé, *droit comm.* II, 800 à 802; Marcadé, I, sur l'art. 15, n° 3; Pont, *hypothèques*, I, 585 et 586.

et que la commune en doit être réputée propriétaire, cependant, s'il ne prononce rien à cet égard dans le dispositif et se borne à ordonner une expertise, en réservant tous les droits des parties, il n'y a point chose jugée sur la nature du terrain, ni sur la question de propriété [1].

531. — Ainsi, l'exception de chose jugée ne pourra prendre naissance que dans l'existence d'un jugement précédent, rendu sur le fond du droit, ayant épuisé la juridiction du juge, et dont le dispositif offrira, par rapport à l'instance nouvelle, les caractères prescrits par l'article 1351, à savoir : que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; qu'elle s'agite sur les mêmes parties et en la même qualité : *Eadem res, eadem ratio petendi, eadem conditio personarum.*

532. — Première condition. Identité d'objet.

Cette identité ne doit pas s'entendre en ce sens qu'il faille que l'objet réclamé dans les deux instances soit physiquement et matériellement le même. Il suffit, dans ce cas, d'une affinité certaine et incontestable.

[1] Dalloz, p. 38, 1, 169 ; — *vid. id.*, 37. 1, 453.

* — *Voy.* sur la régle que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas aux motifs, mais seulement au dispositif des jugements, quand même les motifs exprimeraient relativement à un point du procès, une opinion explicite et formelle, Civ. cass., 5 juin 1821; Req. 21 déc. 1830; 9 janv. 1838, Sir. 38. 1. 559; Civ. rej. 23 juill. 1839, Sir. 39. 1. 560; Req. 8 juin 1842, Sir. 42. 1. 844; Req. 30 avril 1850, Sir. 50. 1. 497 ; Civ. rej. 12 août 1851, Sir. 51. 1. 650; Req. 7 nov. 1854, Sir. 54, 1. 797; Civ. cass. 3 déc. 1856, Sir. 58. 1. 297; Req. 24 juill. 1867, Sir. 67. 1. 328; 28 juin 1869, Sir. 69. 1. 422; Req. 3 juin 1873, Sir. 74. 1. 376; 16 févr. 1876, Sir. 76. 1. 207.

Ce principe, enseigné par Pothier, conduit à cette double conséquence.

533. — 1° Les changements survenus dans le corps qui a fait la matière du premier procès n'empêchent pas qu'il ne soit le même dans le second, si c'est le corps lui-même qui est réclamé. C'est en effet le même objet, augmenté ou diminué, qu'on demande, et le refus qui en a été fait une première fois crée un obstacle insurmontable à toute nouvelle prétention : *Si petiero gregem et victus fuero, et vel aucto vel minuto numero gregis iterum eumdem gregem petam, obstabit mihi exceptio* [1].

534. — 2° La chose ne cesse pas d'être la même si, après avoir échoué sur la revendication d'un corps certain d'une quantité ou d'un droit incorporel, on demande plus tard une partie plus ou moins considérable de ces mêmes objets : *Si quis cum totum petiisset, partem petat, exceptio rei judicatæ ei nocet, nam pars in totum est, eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus quod totum petitum est, nec interest utrum in corpore hoc petatur : an in quantitate, vel in jure.* [2]

Cette règle était tellement absolue en droit romain, qu'on appliquait l'exception de chose jugée à la demande des fruits non encore existants au moment du premier procès. Tout ce qui était produit par la chose refusée était considéré comme cette chose elle-même, et par conséquent à l'abri de toute demande ultérieure : *Sed ex ea re sunt qua petita est, magisque est ut ista exceptio noceat.*

[1] L. 21, Dig. *de except. rei jud.* — Rennes, 15 mars 1821.
[2] L. 15, Dig., *De except rei jud.*

Ces conséquences, admises par notre ancien droit, n'ont nullement été abrogées par les lois qui nous régissent actuellement. Les décisions du droit romain sont donc encore parfaitement applicables dans les deux cas que nous venons de rappeler [1].

535. — Si la partie est comprise dans le tout, le tout n'est pas compris dans la partie. Celui qui a succombé sur une demande partielle, pourra-t-il donc demander plus tard la totalité de l'objet en partie refusé?

Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur ce point. La négative était pourtant généralement admise, mais elle subissait de nombreuses exceptions.

Le droit français n'a non plus rien disposé à cet égard, mais la doctrine et la jurisprudence admettent dans plusieurs cas l'affirmative. Ainsi, on permet, comme en droit romain, à celui qui a succombé sur la demande d'une servitude de passage pour gens à pied, de réclamer plus tard le passage pour charrettes et bêtes de somme [2]; on décide en outre que celui qui a échoué dans la demande de l'usufruit d'un fonds peut, plus tard, en revendiquer la propriété; et celui qui a été débouté de la demande en revendication de la parcelle d'une propriété est recevable à réclamer et à se faire adjuger plus tard la propriété tout entière [3].

Il est vrai, comme l'observe Toullier, que dans ce cas il obtiendra la parcelle qui lui avait été d'abord refusée. Mais il est à remarquer que le jugement qui rejette la de-

[1] Merlin, *Chose jugée*; — Toullier, t. x, nos 145 et suiv.; — Favard, *Chose jugée*, etc...

[2] L. 11, Dig., § 6, *de except, rei jud.*

[3] Cass., 14 février 1831.

mande particulière qui en était faite n'en attribue point la propriété au défendeur, il rejette seulement cette demande particulière. La parcelle m'appartient aujourd'hui à un autre titre, comme dépendance de la propriété qui m'est attribuée en entier contre vous [1].

536. — C'est par suite d'un effet analogue qu'il est aujourd'hui souverainement admis que le jugement sur le possessoire reste sans influence sur l'examen et la décision du pétitoire [2]. Cependant celui qui a été débouté de sa demande en possession acquiert cette même possession, s'il gagne son procès au pétitoire. Or, il ne peut atteindre à ce résultat que parce que le premier jugement ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée que sur ce qui a fait l'objet du litige, à savoir : la possession considérée divisément et indépendamment de la propriété. Réclamer et obtenir cette possession comme l'attribut et la conséquence du droit de propriété, c'est évidemment demander une chose sur laquelle il n'a jamais été statué.

537. — Toutefois, on ne saurait raisonnablement soutenir que la chose jugée sur la partie ne s'opposera jamais à ce qu'on puisse revendiquer le tout [3]. Ainsi, il

[1] Tom. x. nº 155. — * *Voy.* note sous le nº 537.

* [2] L'action et l'exception diffèrent ici entre elles tout à la fois, et quant à leur objet, et quant à la cause sur laquelle elles reposent.

* [3] La doctrine est divisée sur la question. Toullier décide d'une manière absolue que, sans craindre de se voir opposer l'exception de chose jugée, on peut demander, par une seconde action, le tout dont on avait demandé quelque partie par une première, par la raison que le tout n'est pas contenu dans la partie (vol. x, 153, 155). Proudhon enseigne que celui qui a demandé une partie d'un tout, a encore le droit, après avoir succombé dans son action, de réclamer le tout, en

serait absurde de soutenir que celui qui a vainement demandé les dix-neuf vingtièmes d'une chose pourra plus tard être recevable dans sa demande de la totalité de cette même chose. C'est donc par les circonstances particulières à chaque espèce qu'on devra résoudre la question que nous avons posée. Seulement, ce qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est que la chose jugée, étant une exception rigoureuse, doit être renfermée dans ses plus étroites limites, et que, dans le doute, la faveur due à l'action doit l'emporter.

538. — Deuxième condition. Identité de cause.

La cause est le principe générateur de l'action *ratio petendi*. Il faut donc bien se garder de la confondre avec l'action elle-même, car la même cause peut devenir l'ori-

faisant toutefois déduction de la partie qui était l'objet de sa première demande (*Usufruit*, III, 1272).

Enfin, MM. Aubry et Rau estiment que, au point de vue de la chose jugée, le tout doit être considéré comme ayant été virtuellement engagé dans le litige portant sur l'une de ses parties, de telle sorte que celui qui aurait succombé sur la demande d'une partie ne serait plus recevable à réclamer le tout, même sous la déduction de cette partie. (Vol. VIII, § 769, p. 390.) — Voy. Duranton, XIII, 464 ; Laurent, XX, 62.

D'autre part, les parties intégrantes d'une chose et les droits particuliers compris dans un droit plus général dont il n'est pas possible de les détacher, comme ayant une existence propre et distincte, sont à considérer comme formant un même objet avec cette chose ou ce droit. Aubry et Rau, *Loc. cit.* p. 389. — Voy. cependant Marcadé sur l'art. 1351, nos 3-5.

Mais on décide que le propriétaire d'un fonds peut, après avoir échoué dans une action ayant pour objet un passage à pied (*iter*), réclamer ultérieurement un passage pour les bêtes de somme (*actus*), ou avec voitures (*via*). Voy. Toullier, X. 153 ; Duranton, XIII, 467 ; Aubry et Rau, *loc. cit.* p. 388. Il ne s'agit pas ici, en effet, du même droit, mais bien de servitudes distinctes.

gine de plusieurs actions d'un genre différent. Mais la décision intervenue sur celle qui a été réalisée constitue la chose jugée contre toutes.

Ainsi l'existence d'un vice redhibitoire ou d'un défaut caché donne le droit soit de poursuivre la résiliation de la vente, avec restitution du prix, soit de garder la chose en obtenant une réduction ou une remise sur le prix. J'ai donc ou l'action en rescision ou l'action en *quanti minoris*.

Mais cette double action a une seule et même origine : l'existence du vice redhibitoire. Conséquemment, si j'ai succombé sur l'une d'elles, je serais non-recevable à intenter l'autre. Toute demande à cet égard serait repoussée par l'exception de chose jugée.

On remarquera que la différence dans l'objet que ces deux actions se proposent est plutôt apparente que réelle. Dans l'une et dans l'autre il s'agit, en effet, de porter atteinte à la convention des parties. Le degré de gravité de cette atteinte ne saurait être un motif suffisant pour exclure l'identité de chose. Et celle-ci concourant avec l'identité de cause, l'exception de chose jugée serait inévitable.

539. — L'identité de chose ne suffirait pas pour autoriser cette exception, car, comme l'observe Pothier, la même chose peut m'être due en vertu de plusieurs différentes causes d'obligation, et j'ai autant de créances différentes et autant d'actions différentes contre mon débiteur qu'il y a de différentes causes d'obligation d'où elles naissent; lesquelles différentes actions renferment autant de questions différentes. Le jugement qui a donné congé de ma demande sur l'une n'a rien statué sur l'autre [1].

[1] *Des obligations* n° 895.

Il est évident, en effet, que la cause n'étant que le principe générateur de l'action, la décision qui statue sur celle-ci ne fait qu'une seule chose : elle décide que ce que je réclamais ne m' appartient pas en vertu du droit dont j'excipais. Mais de là ne résulte pas directement ou indirectement que je ne puisse obtenir l'objet même que j'ai vainement réclamé, en vertu d'un droit, c'est-à-dire d'une cause différente de celle sous les inspirations de laquelle je m'étais primitivement placé.

540. — Par exemple, les conventions peuvent être frappées d'impuissance pour violation des formes prescrites par la loi ou pour absence des conditions essentielles à leur validité: Il y a donc incontestablement deux droits, dont l'un se borne à attaquer l'instrument écrit de la convention, tandis que l'autre tend à enlever à la convention elle-même toute possibilité d'existence. Conséquemment, et malgré que les actions naissant de l'un et de l'autre arrivent à un résultat identique, à savoir : la nullité de la convention, il est évident que ce qui aurait été prononcé contre le premier n'aurait en rien, nous ne dirons pas décidé, mais même préjugé le second, car une convention peut être très-régulièrement conforme aux prescriptions exigées par la loi pour sa validité extrinsèque, et cependant se trouver dans le cas d'être annulée comme manquant d'une des conditions qui en forment l'essence. C'est ainsi qu'après avoir succombé sur l'instance en nullité d'un testament pour vice de forme, on est très-recevable à le faire annuler pour insanité d'esprit, captation ou suggestion.

541. — Les applications de cette doctrine sont fré-

quentes en jurisprudence. Ainsi, il a été jugé notamment :

1° Que l'annulation d'un acte de partage, comme contenant aliénation d'un fonds dotal par le mari, n'est pas une violation de la chose jugée par un arrêt précédent qui a maintenu ce partage sur une demande en nullité pour cause de lésion [1] ;

2° Que le jugement qui rejette une demande en nullité d'une vente faite à un avocat, sous prétexte que cette vente aurait pour objet une chose litigieuse, ne fait point obstacle à la demande subséquente en nullité du même contrat, comme n'étant pas réellement une vente, mais comme constituant une antichrèse [2] :

3° Que lorsqu'une partie, ayant succombé dans sa demande en révocation d'une donation pour survenance d'enfants, se pourvoit en réduction de cette même donation pour fournir la réserve, on ne peut lui opposer l'exception de la chose jugée résultant de l'arrêt qui a rejeté sa première demande. On ne peut la lui opposer surtout si, lors de cet arrêt, elle était défenderesse à la demande en exécution de la donation, sous prétexte qu'à ce titre elle devait faire valoir en défense à cette demande toutes ses exceptions, et par conséquent sa prétention de faire réduire la donation [3].

542. — Peu importe donc que le résultat que pourront présenter les deux instances soit le même, si d'ailleurs la cause de ces deux instances est distincte et différente. On ne peut confondre la cause avec l'objet qu'elle

[1] Cass., 15 juin 1837. — J. D, P., t I, p. 160.
[2] Cass., 15 juin 1812, D. P. 21, 1, 422.
[3] Cass., 5 Juin 1821

se propose, et de même qu'il y a chose jugée lorsque l'action, sans déterminer une conséquence parfaitement identique, est cependant fondée sur la même cause que la précédente, de même il faut reconnaître que l'exception de chose jugée n'est pas proposable lorsque la chose demandée étant la même, procède cependant dans les deux instances d'un droit complètement distinct et différent.

543. — D'autre part, on doit bien se garder de confondre la cause, principe de l'action, avec les moyens qui n'en sont que le développement. Les moyens ne sont, en effet, que les raisons de fait et de droit tendant à justifier la cause alléguée, d'où la conséquence que celui qui prétend se faire reconnaître créancier d'un droit quelconque, étant tenu de le justifier, doit appeler au secours de sa prétention tous les moyens qui sont de nature à le faire admettre. Il serait absurde, en effet, que chaque moyen devînt le motif d'un nouveau procès, car ce serait rendre les contestations interminables [1].

544. — La chose jugée sur un de ces moyens est donc jugée pour tous, et celui qui, voulant réparer l'omission qu'il aurait commise, renouvellerait le litige, se verrait inévitablement repoussé par l'effet du premier jugement.

545. — C'est ce que la Cour de Cassation a formellement décidé dans l'espèce suivante :

« Erhard avait été débouté par un arrêt de la Cour de

[1] *Voy.* Req. 16 Juill. 1817 ; 19 avril 1836, Sir. 37, 1, 41 ; 14 Janv. 1839, Sir. 39, 1, 119 ; 18 nov. 1845, Sir. 46, 1, 74 ; 9 mars 1846, Sir. 46, 1, 451.

Colmar, du 24 décembre 1814, de la demande par lui formée en nullité d'un acte du 16 floréal an x, sur le fondement que l'un des témoins instrumentaires n'était pas majeur.

« Plus tard, Erhard investit le tribunal de Belfort d'une demande en nullité du même acte, sur le motif que l'un des témoins instrumentaires n'avait pas la qualité de Français. Son adversaire lui oppose la chose jugée, résultant de l'arrêt du 24 décembre 1814.

« Cette fin de non-recevoir est repoussée par le tribunal; mais, sur l'appel le jugement est infirmé et l'exception accueillie en ces termes :

« Attendu que par un précédent arrêt, du 24 décembre 1814, la nullité prétendue de l'obligation a été rejetée, qu'ainsi cette obligation est défendue par l'autorité de la chose jugée; que l'intimé n'a pu sans lui porter atteinte, remettre en question cette même nullité, sous prétexte d'un autre vice de forme que celui qu'il avait d'abord objecté; que la simple proposition d'un nouveau moyen ne constitue pas une nouvelle cause de demande ou d'exception; que les cas rares où une partie peut, par des moyens qu'elle aurait omis de produire, faire rétracter les jugements ou arrêts en dernier ressort, sont énoncés parmi les ouvertures de requête civile, voie que l'intimé n'a tenté ni pu tenter.

« Erhard s'étant pourvu en cassation, la Cour régulatrice rejeta son pourvoi. A la vérité, dit l'arrêt, lors du premier arrêt, Erhard fondait la nullité alléguée sur la minorité d'un témoin, tandis que lors du second il la fondait sur la qualité d'étranger non naturalisé d'un autre témoin. Mais ce n'était pas là une cause différente, c'était seulement un moyen nouveau, d'où il suit que l'une et

l'autre action ont eu évidemment le même objet et la même cause, qui était la nullité de l'obligation pour vice de formes [1]. »

Depuis lors, de nombreuses décisions sont venues confirmer cette doctrine [2], fondée elle-même sur cette maxime de droit : *In judicium omne jus deduxisse videtur.*

546. — C'est surtout en matière de nullité d'actes que la distinction de la cause et des moyens est importante. Ici, en effet, l'objet est le même, et la demande sera inévitablement admissible ou non, suivant qu'elle procédera d'une nouvelle cause, ou qu'elle ne constituera qu'un moyen nouveau.

547. — A cet égard, toute difficulté cesse devant un classement exact des causes pouvant déterminer cette nullité. Nous avons dit que les moyens du fond constituent une cause différente de celle résultant des moyens de forme. On doit donc ranger les nullités dans une double catégorie, à savoir : celles qui naissent de l'irrégularité de l'acte, celles procédant de son invalidité. Le jugement rendu sur une de ces catégories n'a aucune influence sur l'autre [3].

[1] Cass. 3 février 1818.

[2] *Vid.* Dalloz jeune, *Dictionnaire de jurisprudence et Supplément,* v^is^ *Chose jugée,* n° 135. * — *Junge* note sous le n° 543.

* [3] On ne doit pas considérer comme reposant sur la même cause deux demandes en nullité d'une convention, lorsque l'une est basée sur l'incapacité du demandeur, et que l'autre se fonde sur l'absence d'un objet licite, ni deux demandes en nullité d'une constitution hypothécaire, basées l'une sur le défaut de consentement valable de la part du constituant, et l'autre sur un vice de forme. *Voy.* Larombière, art. 1351, n° 79; Aubry et Rau VIII, § 769 p. 394; Req. 19 janv. 1864, Sir. 64, 1, 221. — *contrà,* Bonnier, 11, 876.

Mais il comprend virtuellement tous les moyens à l'aide desquels les nullités de cette catégorie peuvent être obtenues. Ainsi l'irrégularité de l'acte peut tenir à la violation d'une formalité essentielle, à l'oubli d'une mention exigée par la loi, à l'incapacité du notaire, à une erreur sur l'âge, la qualité ou la capacité des témoins. Or, ce ne sont pas là des nullités distinctes. L'ensemble de ces faits ne constitue qu'une seule et même nullité. Dès lors si le juge, appréciant l'une de ces exceptions, l'a rejetée en déclarant l'acte régulier, cet acte est désormais à l'abri de toute attaque sous ce rapport. En d'autres termes, il y a chose définitivement jugée sur sa régularité [1].

On peut encore l'attaquer pour vice intrinsèque, à savoir : pour cause de dol, de violence, d'erreur, d'insanité d'esprit, mais on déciderait pour ces moyens ce que nous venons d'établir pour ceux de forme. Ainsi, le jugement qui repousserait l'un d'eux créerait la chose jugée contre tous les autres. « Dans les nullités de ce genre, dit Toullier[2], la cause prochaine de l'action est le défaut de consentement. Le dol, l'erreur, la violence, l'insanité d'esprit, l'incapacité de la partie, ne sont que des moyens de prouver que le consentement n'a pas été ou ne pouvait pas être donné. » Conséquemment, celui qui, pouvait exciper de plusieurs, n'en a fait valoir qu'un seul à l'appui de sa demande, ne peut, après avoir succombé, renouve-

* [1] L'inobservation de chacune des formalités prescrites pour la validité d'un acte constitue bien un vice distinct, mais tous ces vices particuliers se confondent dans le défaut de forme légale, lequel constitue une seule et même cause de demande. *Voy.* Toullier, x, 166; Larombière, v. art. 1351, n° 83; Req. 3 févr. 1818; 13 avril 1869, Sir. 69, I, 403.

[2] T. x, n° 165.

ler le procès et exciper des autres. Le jugement qui déclare le consentement sincère et régulier s'oppose à ce qu'on soutienne plus tard le contraire.

Ainsi, il n'y a qu'une nullité en la forme, qu'une nullité au fond. Celui qui en excipe doit l'étayer de tous les moyens à sa disposition, sous peine d'être non recevable à exciper plus tard de ceux qu'il aurait omis [1]. Mais il est certain que la partie qui n'en aurait fait valoir qu'un seul en première instance est recevable à les proposer tous en cause d'appel, l'article 464 du Code de procédure civile, qui prohibe en appel toute demande nouvelle, restant forcément étranger aux moyens nouveaux à l'appui de la même demande. Or, nous venons de le dire, chaque grief distinct, soit en la forme, soit au fond, ne constitue qu'un moyen et non une cause.

548. — Troisième condition. Identité de parties, agissant en la même qualité.

La partie qui n'a pas figuré dans une instance ne saurait être liée par le jugement qui l'a terminée. Mais elle ne peut à son tour l'invoquer. *Res inter alios judicata, neque emolumentum his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare* [2].

La présomption de vérité résultant de la chose jugée, alors même que l'erreur en est démontrée, est certes assez exorbitante pour qu'on doive la restreindre dans ses bor-

[1] M. Laurent pense que celui qui a succombé en demandant la nullité d'une convention pour vice d'erreur peut, s'il découvre ensuite des manœuvres frauduleuses qui l'ont induit en erreur et qui l'ont déterminé à contracter, intenter une nouvelle action pour cause de dol (XX. 74). Cette opinion est contraire à celle qui est généralement enseignée en France.

[2] L. 2 Cod. *quibus res jud., non nocet.*

nes naturelles. Or, s'il est rationnel qu'une décision souveraine règle à l'avenir les droits de ceux qui y ont concouru, il serait injuste de l'imposer comme loi à ceux qui n'ont pas même été appelés à user du droit le plus imprescriptible, celui d'une légitime défense.

Ainsi, la personne demeurée étrangère au jugement est toujours recevable à soutenir et à faire prévaloir le contraire de ce qui a été décidé. La partie condamnée peut, elle-même, faire admettre contre cette même personne le contraire de ce qui a été admis en faveur de celui qui a obtenu le jugement. L'équité, en effet, voulait que, par cela seul qu'on ne peut être atteint par un jugement, on ne fût pas admis à en revendiquer le bénéfice. Cette conséquence n'était que l'indispensable corollaire de la première.

Vainement se récrierait-on contre le scandale de ces décisions contradictoires. Ce scandale est plutôt apparent que réel, car ce qui peut être vrai pour l'un peut ne pas être vrai pour l'autre. D'ailleurs, apparent ou vrai, dit Toullier, ce scandale ne peut être une raison suffisante pour violer la première règle de justice et pour me condamner sans m'entendre, en m'appliquant un jugement lors duquel je n'ai pu déduire les moyens qui eussent amené une décision contraire. La disposition de l'article 1351 prouve que telle a été l'opinion du législateur.

L'exigence de l'identité des parties est donc équitable et juste. Nous allons résumer les divers cas dans lesquels elle doit être admise.

549. — On est partie dans un jugement, non-seulement par soi-même, mais encore par les personnes qui ont qualité et droit pour nous représenter. Tels sont les ayants cause, les mandataires, les administrateurs légaux.

550. — 1° Ayant cause :

Les héritiers, les légataires universels sont évidemment les ayants cause du défunt. Ils sont censés continuer son individualité. Ils ne font avec lui qu'une seule et même personne. Dès lors si j'ai fait juger contre le défunt qu'une obligation que j'avais contractée envers lui est le résultat du dol, ses héritiers ou légataires ne pourraient plus m'actionner en vertu de la même obligation, sans être repoussés par l'exception de chose jugée (1). Par réciprocité, cette exception me serait applicable si, ayant succombé dans ma demande contre le défunt je voulais la renouveler contre ses héritiers ou légataires.

551. — Le donataire, les légataires particuliers sont, pour tout ce qui concerne l'objet donné ou légué, au lieu et place du donateur ou du testateur. Ils agissent réellement, quant à ce, *loco hæredum*. Les jugements rendus en faveur ou contre leur auteur conservent donc, à leur égard, l'autorité de la chose jugée. Ils créent donc un obstacle invincible à ce qu'ils puissent actionner ou être actionnés à raison du même objet et pour la même cause.

552. — Mais si l'héritier, les légataires et donataires sont chacun en droit les ayants cause de leur auteur, ils ne le sont nullement les uns des autres. Chacun d'eux

* 1 La règle que les héritiers et successeurs universels sont censés avoir été représentés dans les jugements rendus en faveur de leur auteur ou contre lui, s'applique même à ceux qui n'ont accepté sa succession que sous bénéfice d'inventaire. Mais ils ne sont tenus d'exécuter les condamnations prononcées contre leur auteur que d'après les principes qui régissent l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. — Duranton, XIII, 502; Larombière, V, art. 1351, n° 103; Laurent, XX, 95.

agit en une qualité qui lui est propre et ne saurait engager l'autre que s'il en a reçu le mandat formel.

De là il résulte : 1° que la chose jugée contre un héritier agissant pour la part à lui obvenue dans la succession, ne saurait nuire ou profiter à son cohéritier, alors même que celui-ci agirait en vertu du même titre de créance ayant fait la matière du premier procès.

Ainsi, une créance de 4000 francs est échue par moitié au lot de Joseph et par moitié à celui de Jacques. Joseph actionne le débiteur pour ses 2000 francs. Celui-ci soutient que la créance n'émane pas de lui ou qu'elle est le résultat de manœuvres dolosives et frauduleuses. Cette prétention est accueillie et Joseph débouté de sa demande par un jugement qui acquiert l'autorité de la chose jugée.

Plus tard, Jacques demande le payement des 2000 fr. qui lui sont échus. Cette demande a la même cause que celle de Joseph, à savoir : le titre de 4000 francs annulé par rapport à celui-ci. Mais l'exception de chose jugée, que le débiteur voudrait tirer du premier jugement, est inadmissible pour deux raisons :

D'abord, parce qu'il n'y aurait pas dans les deux instances identité de parties. Jacques n'est pas l'ayant cause de Joseph. Comme celui-ci, il agit en vertu d'un droit propre et personnel, qui n'a jamais pu se confondre avec celui de Joseph, et qui, dès lors n'a nullement été agité lors du premier procès. Le jugement qui a mis fin à ce procès reste donc pour Jacques *res inter alios judicata*, sans qu'on pût le lui opposer, tout comme il ne pourrait en exciper lui-même pour empêcher le débiteur de renouveler les exceptions dont ce jugement l'aurait débouté [1].

[1] L. 22, Dig., *De except rei jud.*

De plus, il n'y a pas identité d'objets, car, comme l'observe Pothier, et après lui M. Toullier, les 2000 fr. réclamés par Jacques ne sont pas les 2000 fr. que Joseph demandait. Ces deux sommes procèdent bien d'une origine commune, mais elles se sont divisées en passant sur la tête des héritiers et sont devenues deux capitaux distincts, n'ayant rien de commun l'un avec l'autre. Leur annulation ne saurait donc être prononcée que contradictoirement avec chacun de leur propriétaire.

Conséquemment, le débiteur ne pourra se soustraire à la demande de Jacques qu'en faisant admettre contre lui les exceptions qu'il a fait consacrer à l'égard de Joseph.

2° La chose jugée contre le légataire universel ne saurait être opposée aux légataires particuliers, ni leur profiter, alors même qu'il s'agirait de la nullité de l'institution. Ainsi, l'annulation du testament, pour cause de dol, de captation ou pour vice de forme, serait sans influence sur le sort des légataires particuliers qui seraient demeurés étrangers à l'instance.

Le contraire était admis en droit romain. Mais cela ne tenait nullement aux principes de la chose jugée; ce résultat n'était que la conséquence de la maxime *partim testatus, partim intestatus nemo decedere potest.* Notre loi admettant le cumul des successions testamentaires et légales, la décision du droit romain ne pourrait être suivie que si l'on admettait que le légataire universel représente les légataires particuliers, et qu'il y a chose jugée pour ceux-ci dans le jugement rendu en faveur ou contre celui-là. Or, cela ne pourrait être consacré que s'il y avait identité de personnes entre eux, et nous venons de voir qu'on ne saurait l'admettre.

553. — L'acquéreur est l'ayant cause du vendeur relativement à ce qui a fait l'objet de la vente et pour tous les actes antérieurs au contrat. Personne ne peut céder à autrui des droits plus étendus que ceux qu'il possède lui-même, et la chose grevée en mes mains ne peut-être transmise par moi qu'avec les mêmes charges. Conséquemment, les jugements rendus contre le vendeur, ou obtenus par lui, nuisent ou profitent à l'acquéreur; il ne pourrait être attaqué ou attaquer lui-même, pour tout ce qui en a fait la matière, sans que la chose jugée fût opposable [1].

554. — Mais le vendeur n'est dans aucun cas l'ayant cause de l'acquéreur : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ, a persona autoris ad emptorem transire solere, retro autem ab emptore ad autorem reverti non debere* [2]. Cette décision se justifie très bien en raison et en droit. On n'a pas à craindre, en effet, que le propriétaire, qui ignore peut-être encore qu'il vendra sa propriété, veuille laisser grever cette propriété au préjudice d'un futur acquéreur. On est donc certain qu'il fera tous effets pour empêcher la réussite de l'action dirigée contre lui. D'ailleurs, l'acquéreur, au moment de la vente, connaît ou doit connaître tout ce qui se rattache à la propriété qu'il acquiert. Il se soumet donc, en l'acceptant, à toutes les obligations du vendeur.

[1] Un jugement qui, sur une action en revendication formée contre le vendeur ou donateur d'un immeuble, a déclaré le demandeur propriétaire de cet immeuble, peut être opposé à l'acquéreur ou au donataire dont l'acte de vente ou de donation n'a été transcrit que depuis l'introduction de la demande. — *Voy.* Civ. cass. 1er juin 1858, Sir. 59. 1. 417.

[2] L. 9, Dig., *de except, rei jud.*

On peut dès lors, et sans injustice, le considérer comme lié par les jugements rendus contre son vendeur. Mais ce ne serait pas sans danger pour ses intérêts qu'on obligerait celui-ci à accepter comme chose jugée ce qui aurait été décidé entre des tiers et son acquéreur, pendant sa possession.

L'acquéreur, en effet, peut avoir intérêt à rompre son marché, et trouver, dans la réussite des actions des tiers ou dans l'échec de celle qu'il a lui-même formulée, un motif de rupture. Il est évident que, en cet état, il n'apportera pas tous ses soins à assurer l'une et à repousser l'autre, et si la décision pouvait être définitivement obligatoire contre le vendeur, celui-ci se trouverait souvent condamné sans avoir été réellement entendu.

Voilà le péril que le législateur a pressenti et qui lui a commandé de disposer que la chose jugée contre l'acquéreur ne pouvait jamais refluer contre le vendeur : *Retro autem ab emptore ad autorem reverti non potest.*

Conséquemment, si la chose aliénée rentre, par la résolution de la vente, entre les mains du précédent propriétaire, il la recouvre telle qu'il l'avait lui-même transmise. Toutes les charges que des tiers seraient parvenus à lui imposer disparaîtraient, sauf à ceux qui les ont obtenues à en faire judiciairement ordonner le maintien contre lui.

555. — En thèse ordinaire, les créanciers sont les ayants cause du débiteur. Les jugements rendus en faveur de ce dernier, ou contre lui, sont donc profitables ou nuisibles aux premiers. La chose jugée contre le débiteur, l'est contre les créanciers. Ce principe est vrai sans exception pour tous les créanciers postérieurs à la date du jugement.

Quant aux créanciers antérieurs, il faut distinguer entre ceux qui sont simplement chirographaires et ceux dont la créance est garantie par une affectation spéciale sur les immeubles.

Les premiers ne peuvent se soustraire à l'exception de chose jugée qu'en soutenant que leur débiteur a agi en fraude de leurs droits. Cette faculté, que l'article 1167 leur confère, constitue un droit personnel que le débiteur n'a jamais pu aliéner ni altérer. Mais la fraude ne se présumant pas, la charge d'en faire la preuve pèserait tout entière sur ceux qui l'allègueraient. A défaut de justification, les jugements rendus contre le débiteur acquerraient contre les créanciers l'autorité de la chose jugée.

Les créanciers ayant une affectation spéciale sur les immeubles du débiteur, c'est-à-dire les hypothécaires ou les privilégiés, ne peuvent voir leurs droits altérés, modifiés ou anéantis par le fait de leur débiteur. Conséquemment, les jugements intervenus entre celui-ci et les tiers, relativement aux immeubles affectés, ne peuvent jamais préjudicier aux créanciers qui n'y ont été ni parties ni appelés [1].

* [1] Les créanciers chirographaires sont considérés comme ayant été représentés par leur débiteur dans toutes les instances liées entre ce débiteur et les tiers quand même leurs titres de créances auraient une date certaine antérieure à l'introduction de ces instances.

Mais les créanciers hypothécaires doivent-ils être considérés comme ayant été représentés par leur débiteur dans les instances relatives aux immeubles hypothéqués, quand ces instances n'ont été engagées que depuis l'époque où leurs droits sont devenus efficaces au regard des tiers? Doit-on décider que les jugements qui, en l'absence de ces créanciers, auraient, sur une action en revendication,

Sans doute, aux termes de l'art. 2125 du Code civil, ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. Aussi, la certitude de l'existence de ces conditions, ou du principe de la rescision, déterminerait infailliblement la perte de tous les droits du créancier. Mais c'est cette existence au moment de la constitution de l'hypothèque qu'il faut établir, et cela contradictoirement avec le créancier. Le jugement qui a désinvesti le débiteur prouve bien qu'il n'était pas propriétaire au moment de la demande, mais il n'établit rien, quant au droit qu'il pouvait avoir au moment de l'emprunt qui peut être de beaucoup antérieur. Ce jugement ne peut donc acquérir l'autorité de la chose jugée sur ce dernier point. Dans tous les cas, le créancier,

en nullité, en rescision, ou en résolution, déclaré un tiers propriétaire de ces immeubles, ont à leur égard l'autorité de la chose jugée?

Il existe des dissidences sur ce point :

Dans le sens de la négative, *voy.* Duranton, XIII, 507; Valette *Revue de droit français et étranger*, I, 1844, p. 27; Marcadé, sur l'art. 1351, n° 12; P. Pont, *des privilèges et hypoth.* n° 647; Aubry et Rau, VIII, § 769; p. 375 et suiv.; Laurent, XX. 105 et suiv. Civ. rej. 28 août 1849, Sir. 50, 1, 49; Req. 3 août 1859, Sir. 59, I, 801 et 810.

Dans le sens de l'opinion contraire, *voy.* Merlin, *Quest. de dr.* v° tierce opposition, § 1er; Proudhon, *de l'usufruit*, III, 1300 à 1310; Larombière, V, art. 1351, n° 117; Civ. cass. 12 fruct. an IX; Req. 16 juin 1811; Civ. cass. 21 août 1826; Req. 3 juill. 1831, Sir. 32. 1. 127; 26 mai 1841, Sir. 41. 1. 749; Civ. cass. 13 déc. 1864, Sir. 65, 1, 27.

Les partisans de cette dernière opinion admettent, du reste, que les créanciers hypothécaires peuvent former tierce-opposition au jugement rendu contre le débiteur, lorsqu'ils ont à invoquer des moyens qui leur sont propres et que le débiteur n'avait pas qualité pour faire valoir. — *Voy.* Larombière, V, art. 1351, n° 119; Req. 9 déc. 1835, Sir. 36, 1, 117; Civ. cass. 6 déc. 1859, Sir. 60, 1, 9.

seul intéressé à justifier du droit de son débiteur, est d'autant moins représenté par celui-ci, qu'il peut arriver que ce débiteur trouve dans sa dépossession un avantage tel que sa résistance n'aura pas été sérieuse [1].

556. — 2° Représentants conventionnels ou légaux.

Le mandataire, agissant en cette qualité, ne constitue avec son mandant qu'une seule et même personne : *Qui mandat ipse fecisse videtur*. Dès lors les jugements rendus sur les poursuites du premier profiteront ou nuiront au dernier, selon qu'ils auront été favorables ou contraires. Le mandant ne pourra donc plus être actionné ou actionner lui-même, quant à la chose ayant fait la matière de l'instance intentée ou suivie par son mandataire.

Toutefois, cela n'est absolument vrai qu'en tant que le mandant avait capacité de se faire représenter au moment où l'instance a été introduite et jugée. Aussi, la Cour de Cassation a jugé, le 4 mars 1835, que le jugement rendu contre un capitaine de marine, comme représentant le propriétaire, mais postérieurement à la faillite de celui-ci, ne peut être opposé aux syndics comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée, alors qu'il n'y ont été ni représentés ni appelés.

557. — Ce qui est jugé contre le tuteur, est jugé contre le mineur : *Factum tutoris, factum pupilli*. En conséquence, les personnes que le tuteur aurait fait condamner ne seraient plus recevables à renouveler le procès contre

[1] L. 29, § 1, Dig. *de except. rei jud.*; — L. 3, *princ.*, Dig. *de pign. et hypot.* Conforme, Pigeau, *Obl.*, n° 905; Toullier, t. x, n° 199; *Vid.*, sur les ayants cause, la discussion de Merlin. * *Junge* la note précédente.

le mineur devenu majeur. A son tour, celui-ci ne pourrait se soustraire aux adjudications prononcées contre le tuteur, sauf le droit de se pourvoir en requête civile dans le cas de non-suffisante défense.

558. — Les actions intentées par le mari, soit comme chef de la communauté, soit comme administrateur de la dot, sont censées jugées contre la femme malgré qu'elle n'ait pas figuré dans l'instance. Elle ne pourrait donc plus revenir contre ce qui a été décidé, sans s'exposer à être repoussée par l'exception de chose jugée. En effet, si elle n'a pas été personnellement en cause, elle a été valablement représentée par son mari, autorisé à agir pour elle et à l'engager [1]. Mais le mari serait tenu de l'indemniser des pertes que sa négligence aurait occasionnées pour elle.

559. — Ce qui est jugé entre la femme et un tiers ne l'est pas entre elle et son mari, présent dans l'instance pour l'assister et l'autoriser, ou comme exerçant ses actions. C'est ce que la Cour de Cassation a formellement consacré dans l'espèce suivante :

« Après le décès d'un sieur Rousseau, laissant des enfants mineurs, un jugement du 18 pluviôse an VIII, avait délaissé à la veuve, en payement de ses reprises, divers immeubles dépendants de la succession de son mari. La veuve Rousseau, épousant le sieur Fresnais, se constitua ces immeubles comme lui étant propres, avec stipulation expresse de remploi en cas d'aliénation.

[1] *Vid.* art. 1421, 1428, 1530, 1531 et 1549 Code civ. — * *Junge* Civ. cass. 14 août 1865, Sir. 65. 1. 440.

« La terre de Varennes, un de ces immeubles, ayant été vendue par les époux, ils ont acquis les domaines de Douet et de Redefond, avec déclaration de l'origine des deniers et de remploi au profit de la femme.

« Plus tard, les mineurs Rousseau, devenus majeurs, ont fait annuler la liquidation de l'an VIII. Cette nullité, prononcée par un jugement de 1820, a été confirmée par arrêt de la Cour de Rennes, du 31 mai 1821. La restitution des immeubles a été faite aux enfants.

« En cet état, les époux Fresnais ayant fait prononcer leur séparation de corps, il s'est agi de savoir si les domaines de Douet et de Redefond, acquis en remplacement de celui de Varennes, dont la femme a été évincée, devait appartenir à cette dernière, sans récompense, comme elle le soutenait, ou bien si, au contraire, ces biens devaient être réputés conquêts de communauté, comme le prétendait le mari, en excipant de la chose jugée résultant de l'arrêt du 31 mai 1821.

« C'est dans ce dernier sens que se prononce le tribunal d'Angers, par jugement du 2 juillet 1822, confirmé par arrêt de la Cour d'appel de la même ville, du 12 mars 1823.

« Mais, sur le pourvoi de la dame Fresnais, l'arrêt de la Cour d'Angers est cassé par la Cour de Cassation, pour fausse application des principes relatifs à la chose jugée.

« Attendu, dit la Cour suprême, que si, par les jugement et arrêt des 22 février 1820 et 31 mai 1821, la liquidation du 18 pluviôse an VIII, formant le titre de la dame Fresnais, a été révoquée sur la réclamation de ses enfants, tout ce qui en résulte, c'est que les droits dont elle a longtemps joui ont été reconnus appartenir à ces mêmes enfants, comme héritiers de leur père : qu'en exécution de

ces jugements, pouvait s'élever la question de savoir si les enfants avaient droit de revendiquer les biens que leur mère avait acquis à titre de remploi, ou seulement ceux qu'elle s'était constitués propres et qu'elle avait aliénés; mais que cette question ne pouvait être agitée qu'entre la mère et les enfants qui, seuls, avaient figuré dans ces jugements et qui , seuls, avaient qualité pour soutenir les débats auxquels ils pouvaient donner lieu; mais que le sieur Fresnais. qui n'avait paru dans l'instance sur la liquidation de l'an VIII, personnellement à la mère, que du chef de sa femme et comme exerçant ses droits, ne pouvait pas personnellement se faire un titre de ces jugements de 1820 et 1821, rendus en faveur des enfants, sans exciper, contre toute règle, du droit d'autrui[1]. »

La Cour de renvoi s'étant conformée à la doctrine de la Cour de Cassation, Fresnais se pourvut contre l'arrêt, mais son pourvoi fut rejeté le 23 novembre 1826.

560. — Le fondement légal et juridique de cette doctrine est la maxime que la chose jugée avec autrui, ne saurait profiter ou nuire : *Res judicata aliis nec nocet, nec prodest.* Or, la prétention du mari de s'enrichir par l'effet du jugement qui avait dépouillé la mère au profit des enfants, était insoutenable. Tant que ces derniers n'avaient pas revendiqué les biens et que leur mère les possédait matériellement, ces biens étaient, par rapport à l'époux, soumis à la foi du contrat de mariage. Les en faire sortir en faveur d'un jugement ne prononçant aucune adjudication au profit de l'époux, c'était réellement abuser du principe de la chose jugée, ou tout au moins en faire la

[1] Cass., 4 mai 1825.

plus étrange application. L'arrêt de la Cour d'Angers méritait donc la censure dont il fut l'objet.

561. — Les syndics d'une faillite sont les administrateurs légaux des biens en dépendant. Ils représentent, quant à ce, le failli et les créanciers. Les jugements rendus contre eux ou obtenus à leur requête constituent donc la chose jugée en faveur ou contre le failli et les créanciers [1]; et si le premier reprend plus tard l'exercice de ses actions, s'il est remis à la tête de ses affaires, il n'en demeure pas moins obligé d'exécuter ces jugements, tout comme il serait en droit de recueillir le bénéfice.

562. — Relativement aux créanciers, les syndics ne les représentent que pour les rapports que chacun d'eux peut avoir avec la faillite qu'ils administrent. De là cette conséquence : que les jugements rendus contre les syndics n'affectent que les droits que les créanciers ont contre la masse. C'est ce que la Cour de Cassation a explicitement consacré en décidant que les jugements qui condamnent les syndics à satisfaire à une obligation par une prise au nom de la masse, n'ont pas l'autorité de la chose jugée contre les créanciers personnellement; que leur exécution ne peut être poursuivie contre ces créanciers que jusqu'à concurrence de forces de la faillite [2].

De là il résulte encore que les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés, se trouvant placés en dehors des éventualités de la liquidation, ne peuvent être modifiés, altérés ou aliénés que par ces créanciers eux-mêmes.

[1] *Voy.* art. 443 et 532 c. comm. — Req. 8 juill. 1850, Sir. 51. I. 38; — Civ. cass. 20 août 1864, Sir. 64. 1. 133.

[2] Cass., 17 mars 1840. — J. D. P., t. I, p. 516.

Conséquemment, les jugements obtenus contre ou par les syndics, au préjudice de ces droits, ne pourraient être opposés aux créanciers comme constituant l'autorité de la chose jugée [1].

563. — Les syndics étant les continuateurs du failli, tous les jugements antérieurs à la faillite doivent être respectés par eux. Ils ne pourraient remettre en question ce qui en fait l'objet sans être repoussés par l'exception de chose jugée, sauf les cas de fraude spécialement prévus par les lois concernant les faillites.

564. — Il n'y a réellement aucune identité de personnes entre le débiteur principal et la caution. Il semblerait dès lors que la chose jugée avec l'un ne devrait ni nuire ni profiter à l'autre. Cependant le droit romain décidait nettement le contraire [2], et cette solution avait été pleinement admise par notre ancienne jurisprudence.

« La raison, dit Pothier, c'est que : la dépendance de l'obligation d'une caution de celle du débiteur principal, à laquelle elle a accédé, fait regarder la caution comme étant la même que le débiteur principal, à l'égard de tout ce qui est jugé pour ou contre celui-ci. C'est pourquoi si le débiteur principal a eu congé de la demande du créancier, pourvu que ce ne soit pas sur des moyens personnels à ce débiteur principal, la caution, depuis poursuivie, peut opposer au créancier l'exception *rei judicatæ*.

« Le créancier ne peut, en ce cas, répliquer que c'est *res inter alios judicata*. Car, étant de l'essence du cau-

[1] Cass. 11 mars 1825.

[2] L. 21, § 4, Dig. *de except. rei jud.*

tionnement que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puisse devoir que ce qu'il doit, qu'elle puisse opposer toutes les exceptions *in rem* qui peuvent être par lui opposées, il s'ensuit que tout ce qui est jugé en faveur du débiteur principal est censé l'être en faveur de la caution, qui doit à cet égard être censé la même personne que lui. *Vice versa* lorsque le jugement a été rendu contre le débiteur principal, le créancier peut l'opposer à la caution et demander qu'il soit exécutoire contre elle [1]. »

Les articles 2036 et 2250 du Code civil prouvent que ces règles sont passées dans le droit qui nous régit. Le premier autorise la caution à opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Or, de toutes les exceptions, celle de la chose jugée ayant anéanti la dette est la plus importante, la plus décisive. Elle appartient incontestaplement au débiteur principal, on ne saurait dès lors la refuser à la caution sans violer l'article 2036.

Vainement dirait-on que c'est là une exception personnelle au débiteur, que la loi défend à la caution d'invoquer. Il n'y a d'autres exceptions de ce genre que celles exclusiment attachées à la personne et résultant d'une qualité qu'elle seule peut invoquer. Ainsi l'état de femme mariée, de mineur, d'interdit, etc....., c'est là un motif de la nullité de l'obligation, mais de nullité relative. La caution pourra d'autant moins s'en prévaloir, que son engagement tient peut-être à la connaissance de l'incapacité du débiteur principal et au désir du créancier de se soustraire ainsi au danger qu'il redoute. Si donc le jugement avait

[1] *Voy.* Pothier, *Oblig.* nº 909.

annulé l'obligation du débiteur principal sur une de ces causes, la caution ne pourrait l'invoquer. Alors, mais alors seulement, il s'agirait d'une exception exclusivement personnelle au premier.

D'autre part, l'article 2250 dispose que l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution. « Il résulte évidemment de cet article, dit Merlin [1], que dans les poursuites exercées contre le débiteur principal, et dans les actes qui de sa part, tendent à les prévenir, la caution est considérée par la loi comme ne formant avec lui qu'une seule et même personne; comme représentée par lui; et de là à la conséquence que le jugement rendu contre le débiteur principal est censé rendu contre la caution, il n'y a qu'un pas qu'il est impossible de ne pas franchir. » Telle est l'opinion de Toullier [2].

Merlin et Toullier admettent donc que ce qui a été jugé par rapport à la dette, contre le débiteur principal, réfléchit directement contre la caution [3], et de là ils concluent avec raison qu'à défaut d'appel de la part de l'un, l'autre pourra l'émettre de son chef, dans les trois mois de la signification du jugement qui lui serait faite à personne ou

[1] *Quest. de droit,* v° *Chose jugée* § 18.

[2] Tom. x, n°s 209 et 210.

*[3] La majorité des auteurs et la jurisprudence décident que la caution est liée par les jugements rendus contre le débiteur principal, sauf à user contre eux de la voie de la tierce-opposition, s'ils sont le résultat d'un concert frauduleux entre le débiteur et le créancier. Proudhon, *Usufr.* III, 1324; Toullier, X, 211; Bonnier, *preuves* II, 886; Troplong, *Cautionnement,* n° 511 et 512; Larombière, V, art. 1351; Civ. cass., 27 nov. 1811; Req. 11 déc. 1834, Sir. 35. 1. 376. — *contrà,* Marcadé sur l'art. 1351, n° 13; P. Pont, *Petits contrats,* 11,348 à 353; Aubry et Rau, VIII, § 769, p. 379 et suiv; Laurent, XX, 119.

à domicile. Mais de là aussi résulte l'impossibilité pour la caution de former tierce-opposition au jugement. Le contraire, admis par la Cour de Lyon, a été repoussé par la Cour de Cassation [1]. Toutefois, et aux termes de la doctrine de la Cour suprême, cette impossibilité n'existe que pour le cas où la tierce-opposition reposerait sur des moyens communs avec le débiteur principal, déjà soumis au juge et appréciés par lui. Si les moyens étaient purement personnels à la caution, la tierce-opposition serait recevable.

La caution ne représente dans aucun cas le débiteur principal. Dès lors les jugements rendus en sa faveur ou contre elle ne sauraient être opposables ou profiter à celui-ci. L'identité des parties requise par l'article 1351 n'existerait pas dans les deux instances. Il ne pourrait donc y avoir chose jugée.

Cette règle ne souffre aucune exception lorsque la caution a été condammée. Elle en comporte une dans l'hypothèse contraire. En effet, si le jugement déclare que la caution est libérée parce qu'elle a payé la dette, le débiteur principal pourrait s'en prévaloir par un double motif : 1° parce que le payement a anéanti la dette vis-à-vis du créancier, qui ne saurait prétendre être payé par le débiteur après l'avoir été par la caution ; 2° parce que le jugement qui constate que celle-ci a payé lui donne le droit de se faire rembourser par le débiteur. Ce jugement équivaut donc à une cession de la part du créancier, car il transfère, à proprement parler, la créance sur la caution, qui peut seule, à l'avenir, en demander et en poursuivre le payement.

[1] 27 novembre 1811

Dans tous les autres cas, la libération obtenue par la caution reste sans influence sur le sort du débiteur principal. Le jugement demeure pour celui-ci *resinter alios judicata* et il peut être condamné tandis que la caution a été renvoyée de l'instance. Il n'y aurait même là rien de contradictoire, car l'engagement de la caution peut être irrégulier et nul, et la dette du débiteur exister très légalement. Il reste donc nécessairement obligé tant qu'un jugement ne l'a pas personnellement et contradictoirement délié de ses obligations.

565. — Les débiteurs solidaires sont les représentants les uns des autres. Celui qui paye fait la chose de tous, agit pour tous, et cette faculté il la puise dans les principes régissant la solidarité. La dette solidaire n'est qu'une seule et même dette, ceux qui l'ont contractée se sont réciproquement donné le mandat d'agir un seul pour tous. Le jugement rendu en faveur ou contre l'un d'eux est donc censé rendu en faveur ou contre tous les autres.

Cette conséquence nous paraît résulter expressément de divers textes de lois. Ainsi l'article 1206 dispose que les poursuites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous les autres ; l'article 2249 ajoute que l'interpellation faite, conformément aux articles ci-dessus, à l'un des débiteurs solidaires, ou sa reconnaissance, interrompent la prescription à l'égard de tous les autres. Enfin nous lisons dans l'article 1365 que le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite à tous les autres.

C'est cependant dans cet article qu'on a voulu puiser un argument en faveur de l'opinion contraire. Le législateur, a-t-on dit, se tait sur l'effet du serment déféré par l'un

des débiteurs solidaires, il n'admet donc pas qu'il puisse lier les autres codébiteurs. D'où la conséquence que si le débiteur solidaire peut améliorer la position des autres débiteurs, il ne peut jamais la rendre plus mauvaise ; dès lors, tout en profitant du jugement favorable à leur codébiteur, les débiteurs solidaires ne devraient pas être atteints par le jugement ayant condamné celui-ci.

Les articles 1206 et 2249 répondent suffisamment à ce qui fait la force principale de cette objection. L'un et l'autre, en effet, prouvent que les actes faits avec, par ou contre le débiteur solidaire, obligent les autres codébiteurs. Le dernier reconnaît formellement au codébiteur solidaire la faculté de priver ses codébiteurs du bénéfice de la prescription et d'empirer ainsi leur position. On ne saurait donc, sous le prétexte d'un résultat semblable, décider que le jugement rendu contre l'un doit rester étranger à tous les autres. On fait très-légalement, par l'intermédiaire de la justice, ce qu'il est permis de faire spontanément et volontairement.

Tout ce qui résulte de l'article 1365, c'est que la loi a positivement exclu la délation du serment des actes que le codébiteur solidaire peut faire au nom et dans l'intérêt de tous les autres débiteurs. Le fondement de cette exclusion est très-rationnel, car le mandat qui résulte de la solidarité est celui de se défendre mutuellement par rapport à la dette commune. Or, déférer le serment, c'est renoncer à toute défense; c'est, en quelque sorte, donner sous condition, et, par conséquent, agir en dehors des limites du mandat.

Ainsi, l'article 1365 considère la délation du serment

[1] Merlin, *loco citato.*

par le débiteur du même œil que la remise consentie par l'un des créanciers solidaires; et de même que cette remise ne comprend que la part de ce créancier[1], de même le serment déféré et accepté n'a d'effets qu'à l'encontre du débiteur. Mais une exception, résultant d'ailleurs d'un texte précis, n'a jamais eu pour effet de détruire la règle, elle la confirme au contraire, car sans celle-ci l'autre était complètement inutile. Or, la règle, en notre matière, étant que le débiteur solidaire agit pour tous les autres codébiteurs, la conséquence à en tirer, c'est que le jugement régulièrement obtenu contre l'un, produit tous ses effets contre les autres [2].

Bien entendu, au reste, que cela ne se produit que pour les moyens communs et inhérents à la dette, car les exceptions personnelles à chacun des débiteurs solidaires ne pouvant, aux termes de l'article 1208, être invoquées que par lui, échappent forcément à l'autorité du jugement, dans lequel celui qui est au cas de les faire valoir n'a pas personnellement figuré. Il serait donc toujours recevable à en exciper. Il pourrait même, dans cet objet, former tierce-opposition au jugement [3].

[1] Art. 1198.

* [2] La question de savoir si le jugement obtenu contre l'un des débiteurs solidaires, et qui a rejeté une exception réelle par lui invoquée, a l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres, est très controversée. Dans le sens de l'opinion enseignée par M. Bédarride, *Voy.* Merlin, *Quest. de dr.* v°. chose jugée, § 18, n°s 2 et 3; Toullier, X, 202 et 203; Prodhon, *Usufr.* III. 1321; Larombière, II, art. 1208, n°s 18 et suiv.; V, art. 1351, n° 801. — Dans le sens contraire, *Voy.* Duranton, XIII, 520; Marcadé, art. 1351; n° 13; Aubry et Rau, VIII, § 769, p. 380 et suiv.; Laurent, XX,120; Req. 11 févr. 1824; Civ. rej. 15 janv. 1839, Sir. 39. 1. 97; Civ. Cass; 25 mars 1861, Sir. 61. 1. 433.

[3] Conforme, Merlin, *loco citato;* Toullier, tom. x, n° 202; — Pothier, n° 909.

566. — L'identité de parties exigée par la loi s'entend moins de leur condition physique que de la qualité en laquelle elles ont agi. Celui qui a figuré au procès par le ministère d'un tiers a été réellement la seule partie intéressée. Il serait donc non-recevable à intenter plus tard la même demande aussi bien que s'il avait nommément et personnellement agi. Par une juste et nécessaire réciprocité, celui qui n'a soutenu le litige que comme mandataire d'un autre, pourra ultérieurement demander, en son nom propre, l'objet qui faisait la matière du procès déjà jugé. Il est évident, en effet, qu'exercer un droit au nom et dans l'intérêt exclusif d'un tiers, ce n'est renoncer ni directement, ni indirectement, au droit analogue qui peut vous appartenir personnellement et sur lequel d'ailleurs le juge n'a pu ni dû prononcer.

La même personne peut avoir deux droits qu'elle n'est pas toujours obligée de cumuler lorsqu'elle prétend les exercer. Or, chacun de ces droits peut puiser sa source dans une qualité différente. L'existence de ces qualités autorise donc autant d'instances distinctes.

567. — Ainsi je revendique un immeuble en vertu d'un droit personnel. Je succombe. Plus tard, j'hérite d'un tiers ayant sur cet immeuble un droit analogue à celui que j'ai vainement réclamé. Je réalise de nouveau l'action en revendication. Dans cette instance, comme dans la première, la chose demandée sera la même, la cause pourra être identique. Les parties seront physiquement les mêmes: cependant l'exception de chose jugée ne sera pas recevable, parce que j'agis dans la seconde en une qualité différente de celle que j'avais dans la première. Le droit que j'y exerce ne m'appartenait

pas dans l'origine, il reposait sur la tête de la personne que j'ai été appelé à représenter. Elle pouvait l'exercer sans craindre qu'on pût lui opposer le résultat de la demande que j'avais intentée et à laquelle elle était demeurée étrangère. Or, ce qu'on ne pouvait faire contre elle, on ne le pourrait contre moi, lorsque, appelé à lui succéder, je fais valoir l'action qui lui appartient.

C'est par application de ce principe que l'ayant cause peut quelquefois revenir sur la chose jugée avec son auteur. C'est ce que la Cour de Toulouse a justement admis en jugeant, le 16 Juin 1836, que lorsqu'un individu a été déclaré non-recevable à attaquer, pour cause de simulation, un acte de vente par lui consenti, ses enfants peuvent néanmoins, sans qu'on puisse leur opposer l'autorité de la chose jugée sur l'action intentée par leur auteur, attaquer ce même acte de vente comme contenant une donation déguisée dont ils demandent la réduction. En effet, les enfants ont, pour tout ce qui concerne leur réserve, un droit propre et personnel, dont le père n'a jamais eu la disposition et qu'il n'a pu ni altérer ni détruire. Ils ne peuvent, dès lors, être considérés, quant à ce, comme les ayant cause de leur père, et, en cette qualité, liés par l'évènement de l'instance qu'il a soutenue.

En thèse ordinaire donc, chacun peut renouveler autant de fois l'action qu'il a de droits distincts, il peut, après avoir succombé en son propre, agir comme représentant celui-ci, revenir ensuite comme l'ayant cause de celui-là. Il y a, en effet, autant de droits différents qu'il y a de personnes distinctes, et chacun de ces droits fournit une cause prochaine à l'action. Mais nous supposons, dans cette hypothèse, que ces divers droits ne se sont ouverts

que successivement. Il en serait autrement si, avant l'introduction de la première instance, ils reposaient tous sur la tête du poursuivant. La confusion qui en serait résultée substitue aux droits particuliers un droit unique, un patrimoine exclusif, personnel à l'héritier, et à raison duquel il ne saurait intervenir qu'un seul jugement, par la raison qu'il ne pourrait jamais exister qu'une seule action : *Non enim potest amplius duas separatim movere, illœ enim actiones non sunt amplius separatœ, cum in eadem personna concurrant* [1].

La confusion de deux héritages amène donc celles des qualités. Il n'y a plus de droit particulier au père, à la mère dont on a hérité, et de droit personnel à l'héritier. Celui-ci existe désormais seul et comprend de plein droit tous les autres, D'où la conséquence que le jugement intervenu sur une action intentée postérieurement à la confusion rend toute action ultérieure non-recevable, alors même qu'on prétendrait l'exercer en qualité d'héritier de tel ou tel. Le successeur, dit Toullier, doit et peut appeler au secours de son action tous les moyens capables d'en assurer le triomphe, mais il ne peut pas plus séparer les qualités d'héritier de son père, de sa mère, qu'il ne pourrait séparer celles d'héritier de son aïeul, de son aïeule, d'un oncle, d'un frère, etc..., car si l'on admettait de pareilles séparations fictives, quel serait le terme du procès[2] ?

Cet effet particulier de la confusion cesserait si celle-ci ne s'est pas opérée. Or, on sait que l'acceptation bénéficiaire empêche toute confusion. Dès lors, l'héritier qui

[1] Pothier, *Pand.*, liv. 46, t. 3, § I; — *vid.* L. 10. Dig *de act. empt*
[2] T. x, nº 214.

aurait réalisé cette acceptation serait à l'instar de celui qui n'a recueilli les diverses successions que successivement. Il pourrait donc exercer autant d'actions qu'il y a de droits différents, sans qu'on pût lui opposer l'exception de chose jugée sur l'une d'elles.

568. — Telles sont les conditions exigées par l'article 1351, conditions impérieuses et dont la réunion peut seule constituer l'autorité de la chose jugée. Ces conditions doivent être rigoureusement observées, car l'action est de droit commun, et, dans le doute, c'est en sa faveur qu'on doit se prononcer.

Cependant la jurisprudence a introduit une exception quant à l'identité de parties. Elles a admis que l'instance, suivie de bonne foi et sans collusion avec l'héritier apparent, créait la chose jugée en faveur et contre l'héritier réel. Cette exception est juste en équité et en raison. L'héritier apparent exerce valablement les actions de la succession, on est obligé de s'adresser à lui, comme de répondre à son attaque; et, puisque cette obligation n'est que la conséquence de la négligence de l'héritier réel, il ne serait pas rationnel de punir les tiers en les rendant victimes de cette négligence[1].

La Cour d'appel de Pau a admis le principe à l'endroit du propriétaire apparent. Elle a en effet décidé que les jugements rendus sans collusion contre le possesseur jouissant de tous les droits attachés à la propriété ont l'autorité de la chose jugée contre le véritable propriétaire qui ne s'est fait connaître qu'après la décision du

[1] En ce sens, Larombière, V, art. 1351, nº 97; Aubry et Rau, VIII § 769, p. 378.

procès, qu'en conséquence celui-ci n'est pas recevable à les attaquer par la voie de la tierce-opposition. Voici les motifs puissants à l'aide desquels la Cour arrive à cette solution :

« Attendu qu'il est de principe que le possesseur est de droit réputé propriétaire de la chose possédée ; tant que le propriétaire ne se présente pas ; que puisque le possesseur jouit de tous les droits attachés à la propriété, il en résulte du moins que les actes qu'on est contraint de faire avec lui ou contre lui, relativement à la chose possédée, doivent être valables : qu'ainsi l'article 1240 du Code civil, en renouvelant les dispositions du droit romain, a déclaré que le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que ce possesseur en soit plus tard évincé ; que par la même raison ceux qui ont des droits à exercer, relativement à la chose possédée, doivent pouvoir s'adresser au propriétaire apparent, tant que le véritable propriétaire reste inconnu. Que, s'il en était autrement, et que l'on fût obligé de recommencer avec les propriétaires qui étaient restés cachés, les procès jugés contradictoirement avec les propriétaires apparents, le litige pourrait devenir interminable au moyen de mutations successives et secrètes ; enfin, les demandeurs pourraient se trouver exposés à voir s'écouler, pendant le cours des procédures vaines, un temps assez grand pour éteindre leur action ou faire disparaître leurs preuves, qu'un tel système, qui porterait le trouble dans la société, est réprouvé par la justice, par la jurisprudence et par l'opinion commune des auteurs [1]. »

[1] 4 Juillet 1823.

569. — En résumé, la chose jugée, n'étant qu'une exception, doit être sévèrement appréciée. Elle ne peut être admise que dans les conditions que nous venons d'examiner. Si ces conditions se rencontrent, toute nouvelle action est impossible, la première sentence ayant complètement épuisé le litige et enlevé au magistrat son caractère de juge : *Judex postea quam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit* [1]. Cet effet ne se réalise pas seulement à l'égard des juges qui ont rendu la sentence, il régit tous les tribunaux français. Quel que fût donc le juge investi de la connaissance du second litige, il ne pourrait passer outre à l'examen et au jugement, en présence de l'exception de chose jugée, soulevée par une des parties.

Cette exception ne constitue dans tous les cas qu'un avantage que la partie peut répudier. Le juge n'est donc pas tenu de la consacrer d'office et de suppléer au silence de la partie [2]. Il n'en est pas de même en manière criminelle, la règle *non bis in idem* doit être toujours rigoureusement appliquée. Le jugement qui l'aurait violée, alors même qu'aucune des parties ne l'a l'invoquée, n'échapperait pas à la censure du degré supérieur ou à celle de la Cour de Cassation.

[1], L. 55 et 62, *de re Jud.*

*[2] L'exception de chose jugée constitue un moyen de fait autant que de droit, auquel est censé renoncer celui qui ne la propose pas. Merlin, *Rép* V° chose jugée, § 20 ; — Toullier, x, 74 et 75 ; Larombière, v, art. 1351, n° 151 ; Civ. rej. 16 nov. 1853, Sir. 54. 1. 771 ; Civ. cass., 26 août 1861 ; Sir. 62. 1.173.

SECTION II

DE LA RATIFICATION

SOMMAIRE.

570. Définition de la ratification faisant la matière de la section.
571. Fondement juridique de cette fin de non-recevoir.
572. Principes généraux qui la régissent.
573. 1er principe. Capacité de la partie.
574. 2me principe. Vice purement relatif à l'intérêt privé.
575. 3me principe. Acte nul ou sujet à rescision.
576. Doit-on placer dans cette catégorie l'acte non signé par toutes les parties ? Controverse entre Merlin et Toullier d'une part, et Zachariæ de l'autre.
577. Jurisprudence.
578. 4me principe. Effet rétroactif de la ratification.
579. 5me principe. Liberté dans le consentement.
580. Conditions de la validité de la ratification expresse.
581. 1° Elle doit rappeler la substance de la convention.
582. 2° L'existence du vice.
583. Conséquences de cette condition à l'endroit des vices autres que celui mentionné. Opinion de M. Favard de Langlade.
584. Réfutation.
585. La ratification pour lésion exclut tout reproche ultérieur de violence.
586. Mais non pour le reproche de dol.
587. *Quid*, si la ratification émanait de l'héritier de celui qui a été violenté ou trompé ?

588. 3° Elle doit rappeler l'intention de corriger le vice.
589. L'acte de ratification n'est soumis à aucune forme déterminée.
590. Exception lorsque l'acte à ratifier exige la forme authentique.
591. La ratification imparfaite peut être complétée.
592. Mais l'acte imparfait ne peut servir de commencement de preuve par écrit, ni autoriser la preuve testimoniale.
593. La ratification résultant de l'exécution est assimilée à la ratification expresse.
594. Caractères de cette exécution.
595. 1° Actes devant la constituer.
596. L'existence des faits d'exécution est laissée à la prudence du juge.
597. L'acte d'exécution doit être personnel.
598. Positif et non équivoque.
599. Des offres de paiement non acceptées ne contiendraient pas ratification.
600. Il en serait de même d'une mesure conservatoire réalisée avant la demande en nullité.
601. L'exécution partielle suffit pour qu'il y ait ratification.
602. 2° L'exécution doit être volontaire.
603. Effet de l'erreur de droit, quant à la ratification.
604. Opinion de Toullier sur la ratification obtenue sous l'influence de la menace d'une contrainte ou d'un procès.
605. Vices de cette doctrine.
606. 3° Époque à laquelle l'exécution volontaire entraîne ratification.
607. Question que soulèvera ordinairement le litige.
608. A qui incombe la charge de prouver que la ratification a été utilement donnée?
609. L'exécution volontaire, après la connaissance du vice dont cet acte est entaché, emporte l'intention de purger ce vice.
610. *Quid*, si l'exécution découle de la nature de l'acte?
611. Le paiement intégral ou partiel d'une lettre de change

ou de tout autre effet négociable, entre les mains du tiers-porteur, n'est point une ratification.

612. Les principes applicables aux obligations s'appliquent aux libéralités.

570. — En droit, la ratification obéit à des principes différents, selon qu'elle s'applique à un acte valablement fait au nom et dans l'intérêt d'un tiers, ou à une convention que les parties contractantes peuvent faire rescinder ou annuler. La première est régie par l'article 1998 du Code civil, la seconde par l'article 1338. C'est de cette dernière que nous nous occupons exclusivement [1].

Dans le sens de l'article 1338, ratifier un traité, c'est en reconnaître la légitimité ; c'est consentir à ce qu'il soit exécuté dans un temps plus ou moins prochain. Toute prétention ultérieure, tendant à contester l'une ou à empêcher l'autre, serait donc essentiellement contraire à l'acte de ratification. Cette contradiction rendrait l'action non-recevable.

571. Cette fin de non-recevoir a son fondement juridique dans ce principe : qu'il est loisible à chacun de renoncer à un droit existant à son profit. Or celui qui, pouvant faire annuler ou rescinder une obligation, consent à en resserrer le lien ou, mieux encore, à l'exécuter,

* [1] Les articles 1338 et 1340 ne sont pas applicables à la ratification par laquelle une personne approuve les actes qui ont été passés en son nom par quelqu'un qui n'en avait pas reçu le mandat. — Cette espèce de ratification est soumise aux dispositions de l'art 1998. Toullier, VIII, 491 et 502 ; Duranton, XIII, 265 ; Larombière, art. 1338, n° 3 ; Laurent, XXVIII, 65. Civ. cass. 26 déc. 1815. — Comp. Civ. rej. 3 mai 1852, Dall. 52.1.148.

ne saurait prouver plus énergiquement qu'il entend répudier la faculté de décliner les conséquences de son engagement.

Aussi le législateur a-t-il placé sur la même ligne la ratification expresse, résultant de l'acte de reconnaissance ou de confirmation de l'obligation nulle ou rescindable, et la ratification tacite que l'exécution entraîne par elle-même, c'est ce que consacre textuellement l'article 1338, en indiquant les caractères et les conditions de chacune d'elles.

572. — Avant d'entrer dans l'examen de ces conditions, il n'est pas sans intérêt de rappeler quelques principes généraux qui doivent les régir, nous arriverons ensuite aux caractères constitutifs, particuliers à chaque espèce de ratification.

573. — Premier principe. La ratification renfermant l'aliénation d'un droit, il faut, pour être capable de ratifier, avoir la capacité d'aliéner. Ainsi le mineur, l'interdit, la femme mariée, dans les cas prévus par la loi, ne peuvent légalement ratifier tant qu'ils sont dans les liens de la minorité, de l'interdiction, du mariage.

574. — Deuxième principe. Le vice dont on entend purger le contrat doit être uniquement relatif à l'intérêt privé des parties. La ratification s'appliquant à une nullité d'ordre public serait complètement inefficace. Atteinte du même vice que l'obligation primordiale, elle n'échapperait pas au sort que la loi réservait à celle-ci.

Il ne dépend pas, en effet, des parties de modifier les dispositions sanctionnées dans un intérêt général et pu-

blic. Tout ce qu'elles feraient à cet égard ne créerait aucun lien entre elles. Il leur serait donc toujours loisible d'en faire prononcer l'infirmation. L'obligation illicite ou contraire aux bonnes mœurs, nulle en principe, ne saurait être validée par l'effet de la confirmation émanant de la même volonté qui eût été impuissante à la consentir *ab initio*. Or, ce que la volonté clairement exprimée ne pourrait faire, la volonté présumée ne saurait l'accomplir. L'impossibilité de ratifier expressément entraîne de plein droit celle de ratifier tacitement. Aussi l'exécution jusque là donnée, soit à la convention nulle aux yeux de l'ordre public, soit à des conventions de même nature, ne pourrait empêcher la consécration de la nullité, dès qu'elle serait demandée. Ces divers points de doctrine, consacrés par les auteurs, résultent d'une jurisprudence imposante.

Ainsi il a été jugé que la ratification faite par un individu devenu majeur, d'un condamnation avec contrainte par corps, prononcée contre lui en minorité, est radicalement nulle quant à la contrainte par corps [1].

Qu'on ne peut admettre, comme une raison de valider un marché à terme illicite, l'exécution volontaire et de bonne foi donnée précédemment à des conventions de même nature [2].

Que l'exécution, novation ou ratification d'acte ayant une cause illicite, telle que l'usure, ne couvre pas la nullité de ces actes [3].

Il est évident, en effet, que dès que la tentative de frauder la loi ne saurait produire aucun effet, on ne pouvait sans inconséquence, valider les moyens à l'aide

[1] Rouen, 15 novembre 1825.

[2] Lyon, 31 décembre 1832.

[3] Cass., 31 décembre 1833.

desquels les parties ont voulu pallier, dénaturer ou consommer la fraude. La prohibition de la loi qui proteste contre la contravention, proteste aussi formellement contre son exécution. Quelle que soit donc celle qu'elle a reçue, et, en supposant même que ce qui aurait été payé ne fût pas répétible, la demande en nullité pour l'avenir ne devrait pas moins être consacrée.

Ainsi, le débiteur ayant exécuté partiellement, sera recevable à répudier la partie de ses engagements qui reste encore à accomplir, à une condition cependant, à savoir : que le motif d'ordre public déterminant la nullité ait continué d'exister. Si ce motif n'était que temporaire, et s'il avait cessé d'exister au moment où la convention a été exécutée en tout ou en partie, cette exécution pourrait constituer une ratification valable et créer une fin de non-recevoir contre l'action en nullité ultérieurement intentée.

La loi prohibe tout pacte sur succession future, toute renonciation à la succession d'un homme encore vivant. Cette prohibition est d'ordre public; mais elle n'est aussi que temporaire. La succession venant à s'ouvrir, ceux qui sont appelés à la recueillir sont libres d'en disposer à leur volonté. Jusque-là le pacte ou la renonciation illicite n'a pu être ratifiée ni confirmée, mais elle peut l'être dès ce moment, puisque le droit de l'attaquer peut utilement être exercé. Conséquemment si, au lieu d'user de ce droit, la partie intéressée ratifie le pacte confirme la renonciation; si elle exécute les obligations qui résultent de l'un ou l'autre, elle ne saurait revenir contre cette ratification. Vainement exciperait-elle du caractère primitif de l'acte. On lui répondrait, avec raison, qu'après l'ouverture de la succession, l'ordre public n'avait plus rien à démêler avec les stipulations dont cette succession pouvait être l'objet;

que libres de traiter, les parties ont pu maintenir ce qu'elles avaient déjà fait; qu'il suffit donc que le pacte réprouvé dans l'origine ait été exécuté depuis le moment où la prohibition d'ordre public s'est effacée pour qu'il doive produire tous ses effets [1].

575. — Troisième principe. On ne peut ratifier qu'un acte nul ou sujet à rescision. La ratification suppose donc l'existence d'une obligation reconnue par le droit positif. D'où Zachariæ tire cette conséquence : qu'on ne peut ratifier une obligation naturelle [2] ou une obligation inexistante.

576. — Doit-on ranger dans cette dernière catégorie l'obligation non revêtue de la signature de toutes les parties? L'affirmative, soutenue par Merlin, dans un réquisitoire du 27 août 1812 [3], a été consacrée par quelques arrêts. Elle s'étaye sur ce qu'un acte non signé par les parties, faussement qualifié de contrat, ne crée aucune action en justice; qu'il n'est donc pas susceptible de ratification; car on ne peut confirmer que ce qui a une existence réelle aux yeux de la loi, indépendamment du vice qu'il s'agit de faire disparaître.

La négative est vivement soutenue par Toullier [4]. Pour

[1] Rouen, 30 décembre 1823 ; — Cass., 11 août 1825 ; Grenoble, 25 mars 1831 ; — *infrà* 648, 1365 et suiv.

* [2] Une obligation naturelle ne se transforme pas en engagement civil par un acte de confirmation expresse ou tacite ; d'où il suit que le créancier n'est pas autorisé à réclamer, par voie d'action, le paiement du solde d'une pareille obligation, parce qu'elle a été exécutée partiellement : *confirmatio nil dat novi.* Larombière, III, art. 1235, n° 9 ; Req. 25 oct. 1808 ; Civ. Cass. 27 juill. 1818.

[3] *Rép.*, v° *ratif.*, n° 9.

[4] T. VIII, p. 719, n° 517.

ce jurisconsulte, l'absence de signature n'est qu'une nullité d'intérêt privé. Or, il n'existe aucune nullité de ce genre qui ne puisse être ratifiée. Ainsi, le titre non signé ne fait pas preuve de l'obligation, les parties sont présumées ne pas l'avoir consentie. Mais cette présomption ne disparaît-elle pas lorsque celui qui pouvait s'en prévaloir, et obtenir l'anéantissement de l'acte, l'a volontairement exécuté ou a consenti à ce qu'il le fût plus tard? C'est ce que Merlin a pensé lui-même en abandonnant l'opinion qu'il avait d'abord soutenue pour adopter celle de Toullier [1].

L'accord de ces deux maîtres n'a pas convaincu Zachariæ. Il ne peut, dit-il, adopter les motifs sur lesquels ils se fondent, ni admettre que les obligations réellement inexistantes soient susceptibles de ratification.

Il est certain qu'en raisonnant dans l'hypothèse admise par Zachariæ, à savoir : celle où, au moment de conclure une convention, l'une des parties refuse de signer l'acte qui doit en constater l'existence, il faut dire comme lui, que ce refus de signature équivaut à un refus de contracter, qu'il n'y a donc pas eu réellement de convention.

Mais le défaut de signature à l'acte peut tenir à de tous autres motifs; il peut être le résultat d'une omission involontaire, d'une négligence. Il est évident, dans cette hypothèse, que l'obligation existe, malgré l'imperfection du titre qui la constate.

Or, il est un moyen certain, positif, de reconnaître dans quelle catégorie on doit ranger l'obligation querellée pour défaut de signature; ce moyen, c'est la conduite

[1] *Quest. de droit,* v° *Ratif.*, n° 3.

des parties qui le fournit. Évidemment, si le refus de signature tient au refus de contracter, on peut facilement prévoir qu'il ne viendra à l'esprit d'aucune d'elles de confirmer ce qu'elle n'a pas voulu faire et moins encore de donner à l'acte aucune exécution. Si donc l'acte a été confirmé, s'il a été exécuté, il faudra nécessairement admettre que, sous un titre irrégulier, existait une obligation certaine, positive, conséquemment susceptible de ratification.

L'auteur de cette ratification essaierait donc vainement d'en répudier les effets. C'est parce qu'on ne ratifie pas ce qui n'a jamais existé, qu'on verrait dans sa conduite la preuve de l'existence de l'obligation ; que le titre primordial n'eût pas de force probante, que cet état des choses dût faire prononcer la nullité de l'obligation, c'est ce qui est incontestable, mais c'est ce qui se réalise dans tous les cas de nullité. La ratification n'a pas d'autre objet que de remédier à cet inconvénient. Dès-lors, celui qui, placé dans cette alternative ou de faire annuler la convention ou de la ratifier, a opté pour ce dernier parti, a suffisamment prouvé la sincérité de l'obligation qu'il exécute ou qu'il consent à exécuter.

On ne doit pas confondre l'obligation réellement inexistante avec celle résultant d'un titre imparfait. Il n'est plus permis surtout de s'y tromper, lorsque celui qui est seul intéressé à la ruine du titre a formellement ou tacitement déclaré renoncer à s'en prévaloir. A dater de cette renonciation, il ne lui est plus permis de prétendre que son obligation n'existait pas.

577. — C'est dans ce sens que s'est prononcée la jurisprudence. Ainsi, la Cour d'Amiens a jugé, le 24 prai-

rial an XIII, que la nullité, résultant de l'absence de signature de l'une des parties, est couverte par la demande d'exécution de la partie signataire et que le défaut de signature d'un acte synallagmatique peut être réparé par une accession postérieure et par le consentement donné avant la demande en nullité [1].

Ce principe a été, plus virtuellement encore, consacré par la Cour de Cassation dans une espèce fort remarquable. La Cour de Poitiers avait décidé que l'exécution donnée à une transaction non signée par les parties renfermait une ratification valable. Cette décision était déférée à la Cour de Cassation, comme ayant faussement appliqué l'article 1338 du Code civil.

Cet article, disait le demandeur en cassation, n'est applicable que lorsque la nullité provient d'un défaut de capacité ou de consentement et non d'un vice de forme. En effet, si l'on admettait qu'un contrat qui, comme la transaction, doit être nécessairement prouvé par écrit, pût se prouver par l'exécution, quand l'acte n'a point reçu son complément, l'obligation d'une preuve écrite deviendrait illusoire, puisque les faits d'exécution étant de nature à s'établir par témoins, il serait toujours possible de suppléer la preuve écrite à l'aide de la preuve testimoniale.

Comme on voit, la question était nettement posée devant la Cour de Cassation. Voici comment elle a été tranchée : Attendu que l'exécution donnée par toutes les parties à l'acte du 4 août 1807 s'opposait à ce qu'il pût être proposé aucune nullité, s'il y en avait à proposer contre cet acte, la Cour rejette le pourvoi [2].

[1] Dalloz A., t. x, p. 712.
[2] 19 décembre 1820.

Il est vrai que la même Cour a jugé, le 6 juillet 1836, qu'un acte de partage radicalement nul, faute d'avoir été signé par les parties, ne pouvait pas être ratifié par l'exécution, parce qu'il n'avait jamais existé. Mais il est à remarquer que dans cette espèce les parties avaient fait constater par le notaire leur refus de signer; dès lors, l'exécution donnée aux dispositions projetées ne pouvait être que la conséquence de la qualité des parties et ne constituait qu'un partage provisionnel. Ajoutons que le copartageant qui avait refusé de signer était une femme mariée et que l'exécution faite par le mari ne pouvait, dans aucun cas, être considérée comme une ratification par la femme.

La Cour de Cassation aurait-elle décidé de même si le partage était intervenu entre majeurs et capables? Si l'acte n'eût pas constaté le refus de signer de la part de la partie? Si l'exécution avait été strictement conforme à ses dispositions? Il est permis d'en douter. L'arrêt que nous venons de rapporter prouve que ce doute n'est pas sans fondement.

Au reste, on comprend qu'en matière de partage il est difficile de décider si l'exécution donnée à l'acte nul a été la conséquence de cet acte ou si elle n'est que le résultat d'un accord tacite entre les copartageants. Mais cette difficulté n'existe plus lorsqu'il s'agit d'obligations en général. Siérait-il, par exemple, à un vendeur de contester la sincérité de l'acte non signé si depuis cet acte et en force de ses stipulations, il avait reçu le prix et délivré la chose?

L'arrêt de 1836 est un arrêt d'espèce plutôt que de principe. Il n'affaiblit donc en rien l'autorité de celui de 1820, à la doctrine duquel se sont rangés un grand nom-

bre de Cours et Tribunaux [1]. La Cour d'Aix notamment a jugé, le 29 janvier 1847, sur ma plaidoirie, que l'acte d'atermoiement exécuté par toutes les parties ne pouvait plus être querellé pour défaut de signature, soit du débiteur, soit de quelques créanciers.

Ainsi, l'absence de signature à l'acte fait présumer l'inexistence de l'obligation, mais elle n'en est pas une preuve péremptoire. La ratification postérieurement donnée justifie le contraire; elle est donc valable, car il y a réellement dans ce cas une obligation nulle aux yeux de la loi et dès-lors, susceptible d'être confirmée. On ne peut distinguer là où le législateur n'a pas distingué lui-même. Conséquemment, que la nullité provienne de l'incapacité de la partie, d'un vice de consentement ou d'un vice de forme; qu'elle altère le caractère essentiel de l'acte ou sa force probante, la ratification la fait également disparaître; en d'autres termes, l'acte existe malgré la nullité, et il n'est pas, comme l'enseigne Toullier, de nullité fondée sur l'intérêt privé qui ne puisse être réparée par la ratification expresse ou tacite.

578. — Quatrième principe. La ratification a un effet rétroactif. L'acte valablement ratifié est présumé se suffire *ab initio*. Il produit donc, en faveur du créancier, tous les effets dont il est susceptible à partir de sa date..

Toutefois, les droits acquis à des tiers, dans l'intervalle de l'acte à la ratification, ne peuvent recevoir de celle-ci ni modification ni altération [2]. Comme l'intérêt public

[1] Pau, 17 décembre 1824; — Cass., 2 novembre 1825; — Toulouse, 18 janvier 1828; — Cass., 1er mars 1830.

* [2] Quand une personne a confirmé, lorsqu'elle est devenue majeure, la vente d'un immeuble, qu'elle avait consentie pendant son

lui-même, le droit des tiers est au-dessus et en dehors des stipulations des parties. Or, la ratification peut bien nuire à son auteur, mais elle ne saurait rétroagir contre ceux qui ont traité avant sa réalisation [1]. L'effet rétroactif de la ratification est donc purement personnel aux parties. C'est ce qui a déterminé la Cour de Cassation à décider que la ratification du mari, sans le concours de la femme, est impuissante pour effacer les vices d'une obligation contractée par celle-ci, sans son consentement et sans son autorisation [2].

579. — Cinquième principe. La ratification doit émaner d'une volonté éclairée et libre. C'est ce principe qui a dicté les conditions que l'article 1338 impose à la ratification.

état de minorité, cette confirmation reste sans effet à l'égard d'un second acquéreur auquel elle aurait transmis, depuis sa majorité, et avant d'avoir confirmé la première vente, la propriété du même immeuble. Civ. cass., 16 janv. 1837, Sir. 37, 1. 102.

Mais la confirmation donnée, par le mineur devenu majeur, ou par la femme devenue veuve, d'une hypothèque constituée pendant la minorité ou sans l'autorisation du mari, remonte-t-elle au jour de la constitution hypothécaire, et la valide-t-elle même au regard des créanciers auxquels ils auraient, depuis la majorité ou la dissolution du mariage, conféré de nouvelles hypothèques?

L'affirmative est enseignée par Toullier, VII, 524 et VIII, 564; Merlin *Quest. de dr.* v° hypothèque, § 4, n° 6 et 7; Troplong, I,487 et suiv.; P. Pont, n° 616; Aubry et Rau, III, § 266, p. 270.—*contrà*, Marcadé, sur l'art. 1338; Laroubière, IV, art. 1338, n°s 53 et suiv.; Laurent, XVIII, 664-666.

M. Colmet de Santerre en fait une question d'intention (V. p. 587, n° 311 bis.)

[1] Cass., 16 janvier 1837; — Paris, 25 juillet 1838; — Douai, 20 juin 1838; — D. P., 37, 1, 62; 39 2, 8; 40, 2, 33.

[2] 26 juin 1839; — D. P., 39, 1, 249; — Conf., Casse, 12 février 1828.

580. — Aux termes de sa disposition, l'acte de ratification expresse n'est valable que s'il renferme la substance du titre primordial, la mention du motif de l'action en rescision, l'intention de réparer le vice sur lequel elle est fondée.

581. — 1° Substance de la convention. Toullier enseigne qu'il faut entendre par là la relation de ce qui est essentiel à l'existence de l'obligation. On n'a donc pas besoin de transcrire l'acte en son entier, il suffit de rappeler les clauses constitutives de l'engagement qu'on s'était proposé de souscrire et qu'on veut confirmer. La substance de l'obligation est valablement indiquée toutes les fois qu'il est impossible de se méprendre sur la nature de cet engagement.

582. — 2° Mention du vice autorisant l'action en rescision. L'article 1338 s'occupe de la ratification de la convention et non de celle de l'acte nul pour vice de forme. Pour celle-ci, en effet, elle est plus facilement admissible, parce qu'elle doit plus facilement se présumer. Les nullités de forme sont odieuses. Aussi n'a-t-on pas hésité à considérer, comme entraînant l'intention d'en répudier le bénéfice, le silence que la partie garderait d'abord sur leur existence, la défense qu'elle présenterait au fond. Cependant, ce point de doctrine n'est pas unanimement admis, mais il est évident que dans tous les cas la nullité extrinsèque de l'acte pourrait être ratifiée comme l'action en rescision elle-même.

Pour le vice de rescision spécialement, la loi veut qu'il soit clairement indiqué. L'aliénation résultant de la ratification, portant sur un droit utile, sur une exception pé-

remptoire, ne se présume pas; elle doit clairement s'induire des termes de l'acte de ratification. L'effet de cet acte se concentrera donc sur le vice qui y est mentionné [1].

583. — De là cette conséquence que la renonciation à se pourvoir contre une convention pour la violence qui lui aurait donné naissance, n'empêchera pas de faire valoir ultérieurement la lésion qu'elle renfermerait et sur laquelle les parties ne se sont pas expliquées. Cette doctrine, évidemment calquée sur la lettre et l'esprit de la loi, a cependant trouvé des contradicteurs; pour la soutenir, dit Favard, il faut penser que la partie qui a renoncé à l'un des moyens de rescision a pu vouloir ne pas renoncer à l'autre; et dès lors la ratification n'est-elle pas un piège tendu à la bonne foi de l'autre partie? Supposer l'intention de réserver les moyens de faire annuler l'acte qu'on vient de confirmer, c'est supposer une fraude qu'on ne doit pas favoriser.

584. — Ces reproches ne prouvent qu'une seule chose, à savoir : que M. Favard n'a pas suffisamment tenu compte de l'esprit qui a dicté la disposition de l'article 1338. La ratification n'est utilement consentie que si elle procède d'un consentement éclairé. Or, ce caractère ne peut résulter que de la preuve que le débiteur connais-

*[1] Lorsqu'un acte de confirmation ou l'exécution volontaire d'une obligation annulable ou rescindable pour différentes causes ne mentionne que l'une de ces causes, ou n'a lieu qu'en connaissance de l'une d'elles, l'obligation reste, pour les autres, susceptible d'être annulée ou rescindée. Toullier, VIII, 498; Duranton, XIII, 273 : Civ. rej. 8 février 1841, Sir. 41.1. 436. *Voy.* n° 583 et suiv. ci-après.

sait, au moment où il ratifiait, le vice dont l'acte était entaché.

A cette condition essentielle, le législateur en ajoute une seconde ; il veut que cette preuve résulte de l'acte de ratification. Or, cette preuve est complète, lorsque l'acte énonce le motif de l'action en rescision.

Cette exigence du législateur est-elle injuste? La réponse est facile. La volonté de bannir toute appréciation humaine dans des questions de cette nature ne peut qu'être hautement approuvée. Permettre d'arriver, à l'aide d'inductions, de présomptions, de la preuve testimoniale elle-même, à constater une ratification, c'était tomber dans les inconvénients inséparables de ces modes de constatation et arriver souvent à consacrer le contraire de la vérité.

La loi a donc sagement agi en exigeant une preuve que le consentement a été donné en connaissance de cause, et en n'acceptant comme telle que l'indication renfermée dans l'acte de ratification. Mais si c'est là la pensée et le but de la loi, évidemment on ne pourra considérer comme couvert que le vice mentionné par les parties.

Comment dire, en présence du texte de l'article 1338, que cette conclusion n'est qu'un piège, qu'une fraude qu'on ne doit pas favoriser? Un piège pour le créancier? Mais ne sait-il pas que la ratification ne lui sera utile qu'en tant que le motif de l'action en rescision s'y trouvera relaté ? Pourquoi donc, si la convention est rescindable par deux motifs, s'il a été dans son intention et dans celle du débiteur de les purger l'un et l'autre, pourquoi disons-nous, ne les a-t-il pas mentionnés tous les deux? Ce n'est qu'à ce prix que la loi lui promet pleine sécurité pour l'avenir. Lui siérait-il donc de se prétendre

trompé, lui qui a commencé par dédaigner les prescriptions de cette loi qu'il accuse?

M. Favard se préoccupe beaucoup trop des intérêts du créancier, car, pour le défendre, il va jusqu'à compromettre celui du débiteur. Cependant, si une fraude était à redouter, c'est contre ce dernier qu'on pouvait en craindre la réalisation. En effet, si le système que nous combattons était admis, il serait facile, en faisant ratifier la convention sous un prétexte quelconque, de se débarrasser de tout péril à l'endroit du vice réel qu'elle pourrait renfermer. Cette éventualité seule suffirait pour prouver combien sage est la précaution dont le législateur a usé.

De plus, on ne peut renoncer à un droit dont on n'a aucune connaissance. Le silence que les parties garderaient dans l'acte de ratification, sur tel ou tel moyen de rescision, prouverait qu'elles ne l'ont pas connu. Admettre cette connaissance, ce serait donner à ce silence une portée bien plus significative. On ne pourrait en effet l'interpréter que par le refus de ratifier, car, dans le cas contraire et en présence de l'article 1338, le créancier n'aurait pas manqué de requérir la mention indispensable pour qu'il jouît du bénéfice de la renonciation.

Ainsi, que le silence de l'acte tienne à l'ignorance ou au refus de ratifier, la conséquence est identique. Dans le premier cas, il ne peut exister de ratification; dans le second, il n'en existe aucune. Dès lors, repousser sous ce prétexte la demande ultérieurement formée par le débiteur, c'est se placer en contradiction manifeste avec la loi, avec la justice.

En principe donc, ratifier une convention à l'endroit d'un vice pouvant la faire rescinder, ce n'est pas renon-

cer à se pourvoir contre ses dispositions pour un tout autre motif, à moins cependant que l'existence de ce nouveau moyen fût inconciliable avec la ratification. Reconnaître qu'un acte n'est pas le fruit de la violence, ce n'est pas reconnaître nécessairement qu'il est pur de toute lésion; mais avouer que celle-ci n'existe pas et se prohiber toute recherche à son occasion, c'est convenir que la convention n'est pas le résultat de la violence, car l'acte qui n'est pas lésif existe légitimement; l'accepter comme tel, c'est dire qu'il a été librement et volontairement souscrit, qu'il renferme un lien quelconque, toutes choses qui sont incompatibles avec l'idée de la violence.

Quel pourrait être, dans ce cas, le motif de la ratification ? A quoi bon songer à la lésion si, le consentement manquant de son caractére essentiel, il n'a jamais existé de convention? Le débiteur pourrait-il soutenir avoir ignoré la violence dont il se prétendrait plus tard victime ? Evidemment cette ignorance ne serait même pas proposable. La violence a, en effet, nécessairement précédé la convention, la ratification elle-même. On ne peut donc voir dans celle-ci, quel qu'en soit l'objet, qu'un fait donnant d'avance le démenti le plus complet à tout reproche s'attaquant à l'essence de l'acte.

585. — La renonciation à se pourvoir pour lésion entraîne donc la non recevabilité de toute action ultérieure fondée sur la violence. Ce n'est pas ici une induction, une présomption plus ou moins probable. L'incompatibilité profonde entre la ratification et l'existence d'une violence dans le consentement à la convention ratifiée, est une preuve décisive contre celle-ci. Le débiteur ne pourrait donc être relevé des effets de la ratification qu'en

prouvant qu'elle lui a été surprise par dol ou arrachée par violence.

586. — Le dol agit dans le contrat de la même manière que la violence. Comme celle-ci, il vicie le contrat dans son essence, en enlevant au consentement tout caractère de liberté. Il semblerait donc que le reproche de dol, proposé après une ratification pour cause de lésion, devrait subir le même sort que le reproche de violence.

Mais il existe entre ces moyens de rescision une nuance essentielle à retenir. La violence a nécessairement précédé la ratification, tandis que le dol, peut n'être découvert qu'après. En cet état, faire de la déchéance un principe absolu contre le dol, ce serait consacrer, dans un cas donné, une injustice, et admettre qu'on a pu renoncer à un droit dont on ne soupçonnait même pas l'existence.

L'équité veut donc que celui qui a été victime d'un dol, ne perde pas, sans le savoir, le droit de se faire indemniser. Son ignorance, au temps de la ratification, enlèverait à celle-ci toute son efficacité. Tout ce qui en résulterait, c'est que malgré le silence de l'acte, et contrairement à ce que la loi admet dans les cas ordinaires, l'ignorance ne serait pas présumée. C'est donc à celui qui l'allègue, pour se soustraire aux effets de la ratification, à en fournir la preuve. Cette preuve pouvant être faite par témoins, peut résulter des présomptions.

587. — Si la violence ou le dol s'était exercé contre l'auteur de celui qui ratifie à l'endroit de la lésion, les principes ordinaires reprendraient leur empire. L'héritier peut ignorer des faits qui ne lui sont pas personnels, et

cette ignorance serait présumée par cela seul que l'acte de ratification garderait le silence sur l'un ou sur l'autre. Mais le porteur du titre ratifié pourrait prouver soit par témoins, soit par présomptions, que le vice ultérieurement invoqué était parfaitement connu au moment de la ratification; et, cette preuve faite, l'effet de celle-ci lui serait définitivement acquis.

En général donc, et sauf le cas d'incompatibilité, la ratification n'éteint que le vice qui s'y trouve mentionné. C'est donc aux parties intéressées à veiller à ce que l'acte relate exactement toute la pensée des parties et les divers moyens dont on entend abandonner le bénéfice.

588. — 3° Intention de réparer le vice. C'est dans l'accomplissement de cette condition que réside la véritable autorité de la ratification. A quoi bon, en effet, rappeler la substance de l'acte, indiquer les motifs de rescision, si les parties ne manifestent pas l'intention et le dessein de renoncer à s'en prévaloir?

L'expression de cette volonté est donc de rigueur. Mais la loi ne lui a tracé aucune formule sacramentelle. Elle s'en réfère à la conscience et aux lumières du juge appelé a décider si elle résulte suffisamment du titre invoqué. Ce qui doit être observé et retenu, c'est que cette volonté ne doit pas être facilement présumée, et que dans le doute c'est contre la fin de non-recevoir qu'on doit se prononcer.

C'est par application de ce principe qu'il a été jugé par la Cour de Rouen, et ensuite par la Cour de Cassation, que des actes contenant affectation d'hypothèque à une obligation entachée de dol ne peuvent être considérés comme une confirmation, ni comme exécution volontaire,

alors que ces actes sont muets sur l'intention de ratifier[1].

Que la renonciation à l'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion, en matière de vente, ne peut s'induire d'actes postérieurs intervenus entre le vendeur et l'acquéreur qu'autant que ces actes contiendraient une stipulation expresse et une intention formelle de renoncer à cette action[2].

Mais la Cour de Poitiers a jugé, le 7 juillet 1825, que ces seuls mots : *je ratifie le présent billet*, apposés par un majeur sur un billet constatant qu'il a été souscrit en minorité, remplissent toutes les conditions voulues par l'article 1338 pour la validité de la ratification. Au besoin, dit cet arrêt, l'approbation signée en majorité constituerait un nouvel et valable engagement.

Quoi qu'il en soit, ces exemples suffisent pour déterminer la nature de la mission que la loi confie aux magistrats. D'autre part, la disposition de l'article 1338 imprime à leur appréciation une direction assurée. Les conditions imposées à la validité de la ratification sont-elles ou non remplies? L'intention de purger l'acte du vice dont il est entaché est-elle suffisamment exprimée? Telles seront les questions qui se présenteront à résoudre dans les limites que nous venons de retracer.

589. — L'acte de ratification n'a pas de forme spécialement déterminée. Il peut être fait par-devant notaire ou sous seing-privé. Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire de le rédiger en autant d'originaux qu'il y a de parties. La ratification pure et simple est un contrat essentielle-

[1] 20 décem. 1832; — D. P., 33, I, 113.
[2] Rennes, 30 janv. 1834; — D. P., 34, 2, 211,

ment unilatéral qui ne renferme aucune obligation de la part de celui qui l'a obtenu. Il se peut cependant que le débiteur, en échange de son consentement, ait exigé quelques faveurs ou obtenu un sacrifice de la part du créancier. L'engagement de celui-ci pourrait être constaté soit par l'acte de ratification, soit par un écrit séparé. Mais cette circonstance ne changerait rien à la nature de la ratification et aux effets qu'elle doit obtenir.

La ratification n'a pas besoin d'être acceptée par le porteur du titre vicié. Elle peut être faite hors sa présence et sans son concours[1]. Elle peut résulter d'une lettre missive ou de tout autre écrit émanant de celui qui a qualité pour la consentir.

590. — Cependant si l'acte qu'on veut ratifier est du nombre de ceux qui exigent la forme authentique, c'est dans cette forme que la ratification doit être donnée. Telle serait par exemple la ratification d'une constitution d'hypothèque. Bien entendu que cela n'est indispensable que par rapport aux effets de l'acte contre les tiers. Du débiteur au créancier, l'obligation ne cesserait pas d'être inattaquable, quand même la ratification manquerait d'authenticité.

591. — L'acte de ratification imparfait, pour n'être pas conforme aux prescriptions de l'article 1338, ne produirait aucun effet. Mais on pourrait le compléter à l'aide

* [1] On en donne pour raison que le porteur du titre vicié est censé avoir donné par anticipation, et dans le moment même où l'engagement a été contracté, son adhésion à la confirmation. — Voy. Toullier, VIII, 509; Merlin, *Quest. de dr.* v° Mineur, § 3; v° Testament § 18, n° 1; Larombière, IV, art. 1338, n° 47; Aubry et Rau, IV, § 337, p. 269.

d'écrits émanés du débiteur, si, réunis à l'acte, ces écrits fournissaient la preuve de la ratification. C'est là une conséquence de ce que nous venons de dire. On peut ratifier par un acte, par un écrit quelconque. On peut à plus forte raison suppléer, à l'aide de ceux-ci, à ce que l'acte présenterait d'obscur ou d'incomplet.

592. — Mais nous n'admettons pas que l'acte resté imparfait pût servir de commencement de preuve par écrit et autoriser l'admission de la preuve testimoniale. La volonté d'exclure cette preuve d'une manière absolue, à l'endroit de la ratification, nous paraît résulter formellement de l'article 1338. La loi n'a pas voulu recourir à ce mode de preuve dont elle pouvait facilement apprécier l'insuffisance dans une question intentionnelle sur laquelle les témoins ne pourraient jeter un très grand jour, à moins qu'on ne les interrogeât sur des faits d'exécution, et alors on tomberait dans la ratification tacite qui nous reste à examiner.

593. — L'article 1338 assimile à la ratification expresse celle résultant de l'exécution de la convention nulle ou rescindable. On devait d'autant plus le décider ainsi, que l'exécution est le dernier mot du débiteur; qu'elle lui impose des sacrifices onéreux, ce que ne fait pas ordinairement la ratification expresse; que dès-lors elle ne peut être considérée que comme l'expression hautement manifestée de la sincérité de la convention.

594. — Cet effet de l'exécution exigerait, dans la détermination des actes qui la constituent, qu'on se rapprochât autant que possible des conditions tracées à la

ratification expresse. C'est ce que n'a pas manqué de faire le législateur. L'article 1338 n'admet la ratification tacite que si la convention a été exécutée; que si cette exécution a été volontaire; que si elle s'est réalisée après l'époque à laquelle l'acte pouvait être valablement confirmé ou ratifié [1].

595. — 1° Exécution. L'article 1304 assigne une durée de dix ans à la faculté d'intenter l'action en rescision. Le législateur suppose donc que la convention nulle ou rescindable peut être exécutée pendant ces dix ans. Mais si cette exécution, que nous appelerons passive, pouvait être considérée comme une ratification tacite, l'article 1304 ne serait plus qu'un piége, conduisant infailliblement à la déchéance celui qui, ayant foi en sa disposition, n'aurait pas immédiatement réalisé l'action en rescision.

Le maintien de l'état des choses créé par la convention ne peut donc constituer l'exécution à l'effet de ratifier. Il n'est un obstacle à l'action en rescision que s'il s'est prolongé au-delà de dix ans. L'article 1338 n'a donc réellement en vue, et ne qualifie exécution, que les actes postérieurs émanés de la partie ayant intérêt de contester et qui décèlent l'intention d'accepter irrévocablement l'effet de la convention, tels seraient, par exemple, le fait

*[1] La confirmation tacite exige, comme la confirmation expresse, de la part de celui dont elle émane, la double condition de la connaissance du vice inhérent à l'obligation et de l'intention de le réparer — *Voy.* Merlin, *Rép.* v° Ratification; et *Quest. de dr. eodem verbo,* § 5 n° 3; Toullier, XIII, 504; Laurent XVIII, 629, 633; Req. 27 mars 1812; 5 Déc. 1826; 24 Janv. 1833, Sir. 33. 1. 209; 12 Juill. 1837, Sir. 37. 1. 964; Civ. cass., 19 Déc. 1853, Sir. 54. 1. 686; 29 Juill 1856. 1. 824; 26 nov. 1866, Sir. 67. 1. 18.

d'avoir disposé de tout ou de partie des biens reçus ou transmis par la convention nulle ou rescindable; celui d'avoir retiré, après la majorité ou après la découverte du dol, le prix de la vente fait en minorité ou obtenue dolosivement.

Ainsi on ne peut considérer comme exécution, dans le sens de l'article 1338, que les actes destinés à confirmer l'état des choses créé par la convention, à en développer les conséquences. L'exécution qui ne consisterait que dans le silence ou le défaut de réclamation contre cet état des choses ne saurait constituer une ratification quelconque, à moins qu'elle ne se fût prolongée au delà de dix ans.

596. — L'existence des faits d'exécution est ordinairement laissée à l'appréciation des deux degrés de juridiction. Leur décision échappe même à la censure de la Cour de Cassation. Mais, pour ce qui concerne la ratification, le caractère du fait d'exécution constitue une questoin de droit, et la Cour de Cassation a la faculté et le devoir d'en apprécier souverainement les conséquences, c'est ce que, après quelques hésitations, a formellement consacré la Cour régulatrice [1].

Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de retenir de cette jurisprudence, c'est l'assimilation rigoureuse qu'elle fait de la ratification tacite à la ratification expresse. Identiques dans les effets, ces deux modes doivent, autant que possible, offrir dans leurs éléments constitutifs les mêmes caractères, reposer sur les mêmes conditions.

597. — De là il suit que l'acte d'exécution doit être

[1] 8 janvier 1838; — D. P. 38. 1, 306; 39, 1 244.

personnel à celui qui pouvait ratifier. Qu'importe, en effet, que la convention ait été exécutée par ceux qui n'avaient aucun droit à la faire rescinder? Que cette exécution ait été connue, tolérée même? Chacun ne peut être lié que par son propre fait. Ce principe est surtout rigoureux lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une déchéance entraînant l'aliénation d'un droit personnel.

598. — Une seconde conséquence non moins juste, c'est que les actes d'exécution doivent être positifs et non équivoques, c'est-à-dire que, postérieurs à la découverte du vice, ils doivent comporter l'intention de renoncer à s'en prévaloir. Tout doute sérieux à cet égard s'opposerait à ce qu'on pût en faire découler une ratification utile.

Nous venons de voir la Cour de Cassation, les Cours de Rouen et de Rennes le décider formellement ainsi pour la ratification expresse. Concevrait-on qu'il en fût autrement lorsque l'intention des parties, ne se décélant que par l'exécution prétendue, ne peut être appréciée que par les présomptions résultant de celle-ci. Or, l'aliénation d'un droit n'est pas facilement présumée. Vrai lorsqu'il s'agit d'une ratification expresse, ce principe ne saurait être repoussé dans l'appréciation d'une ratification tacite. C'est au reste ce qui est consacré par une imposante jurisprudence.

599. — La Cour de Cassation a jugé, le 8 avril 1835, que des offres de payement d'une obligation, qui n'ont pas été acceptées, ne peuvent être considérées comme une exécution qui rende celui qui les a faites non-recevable à demander ensuite la nullité de l'obligation. Le même jour, la Cour de Rennes décidait que la simple de-

mande d'un délai pour le payement d'une obligation n'empêchait pas le débiteur d'en poursuivre plus tard la rescision pour dol ou fraude.

600. — Ce qui a été admis pour les actes annonçant l'intention d'exécuter, l'a été également pour les mesures conservatoires prises dans l'intervalle de la convention à la demande en nullité ou en rescision. Ainsi l'homologation en justice d'un acte sous seing-privé, pour lequel la loi exige la forme authentique, ne rend pas non-recevable à en demander la nullité la partie qui a obtenu cette homologation [1]. Ainsi encore, l'inscription prise en vertu d'un acte postérieurement jugé simulé, même en la supposant connue de l'auteur de cet acte vicieux, n'est point par elle-même une ratification ou confirmation [2].

Nous pourrions multiplier les exemples, car ils abondent dans nos recueils de jurisprudence, mais ceux que nous venons de rappeler suffisent pour fixer la nature et la portée de notre doctrine. Elle se résume dans ces propositions fort simples : l'article 1338 ne considère comme efficace que le fait constituant une exécution réelle et effective [3]; cette exécution ne se rencontre ni dans le silence qui ne s'est pas prolongé au-delà de dix ans, ni dans l'intention plus ou moins prochaine d'exécuter ni moins encore dans les mesures purement conservatoires. Les actes d'administration se plaçant dans la catégorie

[1] Turin, 26 novembre 1806.

[2] Cass., 24 Janvier 1833.

* [3] L'exécution d'un acte consiste, pour l'une des parties, dans le paiement de ce qu'elle doit, et pour l'autre, dans la réception de ce qui lui est dû en vertu de cet acte, ou dans les poursuites faites pour l'obtenir. Req. 27 Juillet 1829; Civ. cass., 28 juill. 1829.

de celles-ci il en résulte qu'administrer plus ou moins longtemps la chose possédée en vertu d'un titre vicié, ce n'est pas se rendre non-recevable à faire plus tard prononcer l'annulation de ce titre.

601. — L'exécution n'a pas pas besoin d'être complète pour servir à déterminer la ratification. L'acte d'exécution partielle arriverait à ce résultat, car, comme l'exécution totale, il ne pourrait être attribué qu'à la reconnaissance de la sincérité et de la légitimité de l'obligation [1]. En effet, exécuter partiellement une convention, c'est avouer qu'on n'a ni le moyen ni le droit de la faire rescinder. Un pareil aveu, quel qu'en soit le mobile, impuissance ou abandon, n'en constitue pas moins la ratification. Celle-ci résulte donc d'un commencement d'exécution, pourvu qu'il se fût realisé dans les circonstances que nous avons à examiner.

602. — 2° Exécution volontaire. Les vices qui altèrent le consentement lui enlèvent tout caractère de spontanéité. L'exécution imposée par violence, ou surprise par dol, ne créerait donc ni ratification ni confirmation.

Il n'y a pas non plus de consentement valable lorsque celui qui a été donné ne l'a été que par erreur. L'erreur sur le caractère de l'acte qu'on exécute s'opposerait donc à ce que cette exécution fût considérée comme une ratification. Non seulement elle ne serait pas volontaire, mais elle ne serait pas réalisée en temps utile, ce qui suffirait,

*[1] En ce sens, Merlin, *Quest. de dr.* V° Mineur, § 3 ; Toullier, VIII, 508; Duranton, XIII, 230; Larombière, IV, art. 1338, n° 43; Civ. rej. 4 therm. an IX. — *contrà*, Marcadé, art. 1338, n° 2.

ainsi que nous allons le voir, pour en anéantir les effets légaux.

603. — L'erreur sur les conséquences légales d'un fait connu pourrait-elle être alléguée pour être relevé de la ratification tacite? En d'autres termes, l'erreur de droit produit-elle, quant à la ratification, les effets de l'erreur de fait?

La doctrine et la jurisprudence deviennent chaque jour plus affirmatives sur l'assimilation qu'il convient de faire entre l'une et l'autre. Mais nous avouons que, tout en adoptant le principe, nous en refuserions l'application à la matière des ratifications, et cela par les motifs suivants : il est très difficile d'admettre une erreur de droit en matière de rescision. Il n'est personne qui ne sache que l'obligation imposée par la violence ou surprise par le dol ne crée aucun lien. L'obligé ne doit rien, n'a jamais rien dû, et il est impossible qu'il puisse croire en cet état devoir quelque chose. Autant nous admettons l'ignorance touchant les manœuvres employées, autant nous nous refusons à admettre que, leur existence une foi connue, on ait pu se tromper sur les conséquences qu'elle doit nécessairement entraîner. Qui pourrait se persuader que la loi oblige à exécuter une obligation qu'on sait mieux que personne n'avoir jamais existé?

Permettre d'attaquer une ratification sous prétexte d'erreur de droit, c'est donc ouvrir la porte à de nombreux procès dont la solution, dans un sens comme dans l'autre, aura cet étrange caractère qu'elle ne reposera que sur cette allégation impossible à vérifier, impossible à débattre. Comment, en effet, le demandeur prouvera-t-il avoir ignoré le droit? Comment le défendeur justi-

fiera-t-il le peu de fondement de cette ignorance? Il faudra donc que les tribunaux refusent ou admettent de confiance, au risque de ne consacrer souvent qu'une véritable injustice.

La loi n'a pu vouloir placer les magistrats dans cette cruelle perplexité. Nous en avons la preuve dans le soin qu'elle prend de ne rien laisser à l'induction, en matière de ratification. L'impossibilité absolue de son application doit donc faire rejeter la doctrine que nous combattons.

Il est d'ailleurs un autre motif qui devrait le faire décider ainsi. Au dire de tous, l'erreur de droit n'annule le contrat que lorsqu'elle en a été la cause déterminante et exclusive. Dans la ratification tacite, l'exécution reconnaît une cause indépendante de l'erreur, à savoir : l'intention de purger l'acte du vice qui l'entache. C'est là, nous l'avons dit, une condition essentielle sans laquelle il ne saurait exister de ratification.

Dès-lors, si l'exécution n'a pas ce caractère, il devient inutile de recourir aux principes régissant l'erreur de droit. Il n'y a pas, il n'y a jamais eu de ratification. Mais si le juge, appréciant l'exécution, reconnaît et constate l'intention constitutive de la ratification, cette exécution a dès-lors une cause naturelle et légitime. L'erreur de droit n'en a plus été le seul mobile, on ne pourrait plus s'en prévaloir. La prétention d'avoir erré sur les conséquences légales d'un vice serait même insoutenable lorsque le vice étant connu en fait, on a eu l'intention et la volonté d'en répudier le bénéfice. Or, renonce-t-on à un droit qu'on ne sait même pas vous appartenir?

La difficulté née d'une erreur de droit peut donc être soulevée lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère de l'exécution. Mais on ne saurait admettre que cette diffi-

culté une fois tranchée et la ratification, c'est-à-dire l'intention de purger l'acte, admise, on puisse s'en faire relever sous prétexte d'erreur de droit.

604. — Toullier pense que l'exécution n'est volontaire que si elle est entièrement dégagée de l'influence que peut avoir sur l'esprit de celui qui exécute la frayeur d'une contrainte ou d'un procès. Il admet, en conséquence, que celle faite sous cette influence serait inefficace pour créer une ratification.

605. — Il nous paraît bien rigoureux d'assimiler à la violence l'exercice d'un droit puisé dans la loi et auquel on est contraint de recourir. Le refus du débiteur place en effet le créancier dans la nécessité soit de le traduire en justice, soit d'user des moyens coërcitifs que le titre lui confère. Il serait étrange, dès lors, que l'exécution déterminée par l'une ou par l'autre de ces mesures dût plus tard être invalidée.

Cette doctrine encouragerait singulièrement la résistance des débiteurs, et, à ce titre seul, nous hésiterions à l'admettre. Nous sommes bien plus engagé à ne pas le faire lorsque, poussant plus loin notre examen, nous arrivons forcément à une conclusion diamétralement opposée à celle de Toullier. En effet, ou l'exécution donnée devant la menace d'une contrainte ou la crainte d'un procès a précédé la découverte du vice de l'acte, ou elle a suivi cette découverte. Dans le premier cas, elle est évidemment insuffisante pour créer une ratification, en force des principes spéciaux à celle-ci ; dans le second, elle doit d'autant plus produire ses effets que l'action en rescision était le moyen le plus péremptoire pour éviter

le procès, pour s'affranchir de toute contrainte, et qu'ainsi mis en demeure de la réaliser, le débiteur, en s'abstenant de le faire, a prouvé qu'il ne croyait pas devoir ou pouvoir utilement l'intenter. Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, il y a réellement ratification obligatoire et définitive.

Bien loin donc que les poursuites du créancier soient un motif pour relever le débiteur de l'exécution qu'elles ont déterminée, la vérité est que leur existence donne à cette exécution un caractère plus grave, plus décisif. Qu'un debiteur s'abstienne de faire valoir ses droits contre sa dette lorsqu'il n'est ni inquiété ni poursuivi, cela se conçoit; mais que, traduit en justice ou menacé d'une contrainte, il continue de garder le silence; que, mieux encore, il exécute la convention dont il connaît le vice et qu'il dépend de lui de faire anéantir, c'est ce qu'on ne comprend plus. Une pareille abnégation ne peut provenir que du sentiment de la légitimité de la poursuite, et c'est dans ce sentiment même que repose le fondement essentiel de la ratification.

Au reste, cette règle n'est pas plus que toutes les autres à l'abri d'une exception. Certes, la violence morale, qui fait quelquefois annuler une obligation, pourra, dans tel cas donné, être invoquée contre la ratification; et si les tribunaux investis, appréciant la nature des moyens employés pour déterminer l'exécution, l'étendue de la contrainte qui en est résultée, pensent que le débiteur n'a pas joui de la plénitude de liberté sans laquelle il n'existe pas de consentement valable, ils décideront que l'exécution n'a pas été volontaire. Mais une pareille éventualité ne suffit pas pour qu'on puisse se croire autorisé à faire de la règle l'exception et de l'exception la règle.

606. — 3° Epoque à laquelle l'exécution volontaire est susceptible de créer la ratification. L'article 1338 fixe cette époque au moment où l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. C'est là la conséquence du principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement. Or, la ratification expresse suppose, chez celui qui la donne, la capacité de contracter, la connaissance du vice dont l'acte est entaché. Conséquemment l'exécution n'équivaudra à ratification que si elle réunit ce double caractère.

Dès lors les mineurs, les interdits, les femmes mariées ne sauraient, tant que leur état n'a point changé, aliéner, par l'exécution, le droit de faire annuler l'engagement qu'ils ont souscrit. Cette faculté, ils ne l'acquièrent qu'après qu'ils sont sortis des liens de la minorité, de l'interdiction, du mariage. Pouvant, à cette époque, ratifier expressément, ils peuvent le faire tacitement par l'exécution qu'ils donnent à l'obligation.

Mais le capable ne peut ratifier que s'il connaît le vice de la convention. Cette connaissance est de l'essence de la ratification, car, ainsi que nous l'avons déjà dit, celle-ci puise son autorité dans l'intention de renoncer à se pourvoir contre le vice dont la convention est entachée. Or, comment pourrait-on être présumé avoir renoncé à un droit qu'on ne connaissait pas? Dès lors la ratification tacite opérant les mêmes effets que la ratification expresse, l'exécution qui la constitue doit nécessairement être postérieure à la connaissance du vice.

607. — Ce point de doctrine ne saurait faire aucune difficulté; mais il en sera autrement de la détermination du fait en lui-même. A quelle époque remonte la décou-

verte du dol? Est-elle antérieure ou postérieure à l'exécution? Est-ce au débiteur à prouver qu'il ignorait le vice de l'acte ou au créancier à justifier que l'exécution a été faite en connaissance de cause? Telles seront les questions sur lesquelles l'attention des magistrats sera principalement appelée.

Les premières ne peuvent jamais offrir qu'une appréciation de fait du domaine exclusif de la conscience. Elles sont donc laissées à l'arbitrage souverain du juge. La dernière présente une difficulté en droit qui a partagé la doctrine et la jurisprudence.

608. — Zachariæ se prononce contre le créancier. Sans doute, dit-il, celui qui invoque une exception dont le fondement repose sur l'erreur, doit prouver cette erreur en vertu de la règle *actori incumbit onus probandi*, Mais telle n'est pas la position du débiteur auquel on oppose l'exécution de l'obligation contre laquelle il se pourvoit en nullité ou en rescision. Il n'a plus rien à prouver une fois qu'il a justifié sa demande. C'est au créancier qui veut tirer parti de l'exécution une fin de non recevoir contre l'action en nullité ou en rescision, à établir, suivant la règle *reus excipiendo fit actor*, l'existence des conditions moyennant le concours desquelles l'exécution volontaire équipolle à confirmation, et à démontrer, par conséquent, que l'exécution a eu lieu en connaissance du vice dont l'obligation est entachée et dans l'intention de l'effacer[1]. Telle était l'opinion d'abord enseignée par Merlin.

[1] T. II, p. 455, note 20. — * Voy. aussi Marcadé, art. 1338, nº 4; Larombière, IV, art. 1338, nº 37.

Mais il est facile de se convaincre que la position supposée des parties, sur laquelle cette opinion s'étaie, n'est pas réellement celles qu'elles occuperont respectivement. Le demandeur en rescision sera arrêté *in limine litis* par la fin de non recevoir tirée de la ratification. Il ne pourra donc établir l'irrégularité de l'acte qu'après avoir fait disparaître cette fin de non recevoir.

Le fondement de celle-ci se trouvant dans l'exécution, c'est à celui qui l'oppose à prouver cette exécution. Cette preuve faite, le demandeur doit être éconduit, à moins qu'il ne prouve à son tour que cette exécution ne réunit pas les caractères constitutifs de la ratification. C'est là son exception pour laquelle il devient réellement demandeur, et qu'il est tenu de justifier.

Vainement, objecte-t-on que l'exécution n'équivalant à ratification qu'à certaines conditions, celui qui excipe de l'une doit prouver qu'elle est conforme au désir de la loi. L'exécution se suffit à elle-même. Elle est légalement présumée exempte de tout vice. Certes, l'exécution déterminée par le dol ne produirait aucun effet. Ira-t-on jusqu'à prétendre que celui qui oppose la ratification tacite sera obligé de prouver que l'exécution dont il se prévaut n'est pas le résultat du dol? Ce qu'on ne ferait pas pour le dol, on ne saurait le faire pour l'erreur. Celle-ci n'est pas plus présumée que le dol lui-même, et si celui qui allègue l'un est tenu de le prouver, il n'y a aucun motif pour dispenser de la même obligation celui qui se prévaut de l'autre.

Ajoutons avec la Cour de Cassation[1], que cette obligation doit être imposée au débiteur : 1° parce que les faits

[1] 23 juillet 1855.

d'où l'erreur peut résulter lui sont personnels; 2° parce que ces faits constituent une exception établie pour son utilité; 3° parce qu'ils tendent à enlever au créancier le bénéfice de la ratification. Le système contraire n'a donc aucun fondement réel. Non seulement il fait abstraction complète du fait d'exécution, mais il méconnaît en outre les conséquences légales que cette exécution doit entraîner.

C'est la démonstration de ce double tort, clairement établie par Toullier, qui a amené la rétractation de Merlin. En voici les termes : « Toullier a raison de dire que je ne m'étais pas exprimé avec mon exactitude ordinaire. Tout bien réfléchi, je crois mes arguments plus spécieux que solides, et en voici deux auquels ils me paraissent devoir céder.

« 1° On n'exécute un acte que parce qu'on le connaît bien, car il n'y a qu'un insensé qui puisse exécuter un acte qu'il ne connaît pas ou qu'il ne connaît qu'imparfaitement, et la démence ne se présume pas. Exécuter un acte, c'est agir comme si l'on en avait une parfaite connaissance; c'est donc avouer qu'on le connaît dans toutes ses parties. Or, si l'aveu d'un fait ne prive pas celui duquel il est émané du droit de le rétracter pour cause d'erreur, il le place du moins dans la nécessité de prouver que c'est par erreur qu'il lui est échappé. L'article 1356 du Code civil est formel, et il n'est point de principe plus constant dans toute la jurisprudence;

« 2° Sans doute l'exécution d'un acte nul ne peut être réputée volontaire qu'autant qu'elle n'est pas le fait de l'erreur; mais elle ne peut aussi être réputée telle qu'autant qu'elle n'est pas l'effet de la violence et du dol. Or, quand un acte nul a été exécuté par une partie qui avait le

droit de le faire annuler, et qu'elle vient ensuite en demander l'annulation, lui siérait-il bien, pour repousser la fin de non-recevoir que lui opposerait le défendeur, de dire à celui-ci : L'exécution dont vous excipez a été l'effet de la violence et du dol : elle n'a donc pas été volontaire de ma part, et comme c'est à vous à prouver qu'elle a été l'ouvrage de ma volonté, c'est nécessairement aussi à vous à prouver que je n'y ai été induit ni par violence ni par dol? Non certes, et le défendeur lui répondrait victorieusement : Par cela seul que vous avez exécuté l'acte, vous êtes censé l'avoir exécuté spontanément et en pleine liberté; ni le dol, ni la violence ne se présument; l'exécution que vous avez donnée à l'acte sera donc réputée volontaire tant que vous ne prouverez pas qu'elle vous a été arrachée par violence ou surprise par dol. Eh bien! point de différence entre l'erreur et la violence ou le dol. L'une ne se présume pas plus que les autres. La simple allégation de l'erreur ne peut donc pas avoir plus d'effet que la simple allégation du dol ou de la violence, elle ne peut donc pas faire retomber sur le défendeur le fardeau de la preuve que l'exécution n'a pas été déterminée par l'ignorance du vice de l'acte [1]. »

Cette démonstration nous paraît sans réplique. Nous admettons donc que l'exécution fait présumer par elle-même la connaissance du vice de l'obligation; que cette présomption doit céder devant la preuve du contraire : que cette preuve est à la charge exclusive du débiteur prétendant se faire relever des effets de l'obligation.

609. — Ce caractère de l'exécution produit en outre

[1] *Quest. de droit*, v° *ratif.*, n° 4.

cette conséquence, qu'elle emporte virtuellement l'intention de purger le vice de l'obligation. Exécuter volontairement un acte qu'on sait être nul ou rescindable, c'est indiquer aussi positivement que possible qu'on renonce à l'attaquer désormais. Cela est si évident, que les réserves qui accompagneraient l'exécution n'en atténueraient aucunement l'importance et n'apporteraient aucun obstacle à la fin de non-recevoir qu'elle crée.

Cette décision est parfaitement juridique. Que peuvent signifier des protestations, des réserves, à côté d'un fait diamétralement contraire, volontairement accompli. La seule protestation efficace, c'est de ne pas faire ce qu'on sait n'être pas obligé de faire. Qu'y a-t-il de plus inconciliable avec la faculté de demander la nullité d'une obligation, que l'exécution préalable de cette obligation? Le fait a beaucoup plus de puissance que la parole. Toute manifestation d'une volonté contraire à l'acte qu'on exécute reste sans efficacité possible [1].

610. — Il en serait autrement si l'exécution était forcée, si elle n'était que la conséquence inévitable et nécessaire du caractère ou de la nature de l'obligation nulle ou rescindable. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'exécution cesserait d'être volontaire. Elle ne suffirait donc pas pour créer la ratification, alors même qu'on aurait exécuté sans réserves ni protestations.

L'exécution est une conséquence de l'acte, lorsque le fait qui la constitue découle naturellement de l'engagement contracté irrégulièrement. Tel est le cas rappelé

[1] Cass., 28 juillet 1820.

par la loi 3, paragraphe 2, Dig. *de minoribus*. Un mineur a imprudemment accepté une succession. Devenu majeur, il a payé quelques dettes échues, et urgentes de cette même succession. Ce paiement ne saurait équivaloir à ratification, parce qu'il n'est qu'une conséquence inévitable et directe de l'acceptation[1].

611. — Le paiement intégral ou partiel d'une lettre de change ou de tout autre effet négociable, entre les mains d'un tiers porteur, dans quelque hypothèse qu'il ait été réalisé, ne saurait empêcher le souscripteur de faire prononcer plus tard la nullité de l'effet contre le premier porteur. La raison en est que la nullité du titre n'est pas même opposable aux tiers porteurs de bonne foi, et que l'obligation de les désintéresser demeurerait entière, quand même le débiteur aurait obtenu judiciairement cette nullité. Il peut donc faire avant ce qu'il serait tenu de faire après. Un pareil paiement ne saurait d'ailleurs jamais être considéré comme fait dans l'intention de renoncer au recours que l'existence du dol créerait.

Mais hors ces rares exceptions, l'exécution volontairement réalisée, après la découverte du vice de l'acte, entraînerait la ratification. L'effet de celle-ci, comme celui de la ratification expresse, assure l'existence de la convention, la purge du vice dont elle pouvait être entachée, et devient une fin de non-recevoir insurmontable contre toute recherche ultérieure.

612. — Les principes que nous venons d'exposer pour les obligations s'appliquent aux libéralités. Remar-

[1] Duranton, t. XIII, nº 283.

quons en effet que la prohibition de l'article 1339 ne concerne que les nullités de forme dont la donation entre vifs peut être entachée.[1] Cette restriction, personnelle d'ailleurs au donateur, prouve suffisamment que la donation entachée d'un vice intrinsèque peut devenir l'objet d'une ratification soit expresse, soit tacite. La donation nulle en la forme, et qui serait exécutée par les héritiers du donateur ne pourrait plus tard être querellée de nullité par eux.

Les héritiers sont, par rapport aux donations consenties par leur auteur, placés sur la même ligne qu'à l'endroit des dispositions testamentaires. Conséquemment l'exécution sciemment donnée aux unes et aux autres les purge des vices dont elles pourraient être entachées tant en la forme qu'au fond; elle crée donc une fin de non recevoir insurmontable contre toute action ultérieure.

SECTION IV

DE LA PRESCRIPTION

SOMMAIRE.

613. Justice de la prescription contre l'action en nullité. Sa nécessité.
614. Esprit de la loi à cet égard.

* [1] L'art. 1339 ne s'applique pas au cas où, par exception, la validité de la donation serait indépendante de l'observation des formes prescrites par les art. 931 et suiv. — Delvincourt, II. p. 255; Duranton VIII, 390 et suiv.; XIII, 293.

615. Fondement philosophique de la prescription, d'après M. Troplong.
616. Justesse de cette doctrine, lorsque l'acte a été exécuté.
617. *Quid*, lorsque cet acte n'a reçu aucune exécution?
618. Conclusion : pour prescrire, il faut que l'acte ait été exécuté.
619. Quels caractères doit réunir l'exécution décennale. Capacité.
620. Époque de son point de départ.
621. A la charge de qui est la preuve de la découverte du dol.
622. Nature de la preuve admissible.
623. Les principes généraux sur l'interruption de la prescription régissent celle édictée par l'art. 1304.
624. En est-il de même des causes de suspension.
625. L'action en dommages-intérêts se prescrit-elle conformément à l'art. 1304?
626. Toute action serait-elle éteinte après 30 ans, si la découverte du dol ne s'était réalisée que depuis moins de 10 ans ?
627. Importance de l'article 1304 pour la répétition de ce qui a été payé sans être dû.
628. Ce n'est que l'action que l'art. 1304 atteint, même dans le cas de non exécution.
629. Conséquences quant à l'exception.
630. Origine de la règle *quæ temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum.*
631. Motifs du silence gardé par l'art. 1304 sur l'exception.
632. Application de la règle en matière de dol.
633. Condition de cette application.
634. L'exception perpétuelle n'est donc que la défense à la demande.
635. La possession est le fait dominant du litige.
636. Conséquence dans le cas de ratification expresse ou tacite.
637. L'exception n'est admissible que lorsqu'elle tend à conserver un état de choses depuis longtemps existant.

638. Ce caractère dicte la solution des difficultés que la question peut faire naître. Application.
639. Résumé.

613. — Si la prescription, comme moyen d'acquérir, a pu paraître odieuse, c'est incontestablement lorsque, invoquée par la mauvaise foi, elle vient au secours de la violence ou du dol. Cependant les diverses législations qui se sont succédées n'ont pas hésité à l'admettre, et cet assentiment commun, que cette institution a rencontré à toutes les époques, est un témoignage irrécusable de sa nécessité.

Cette nécessité est d'ailleurs attestée par les considérations sur lesquelles est fondée la prescription. Les transactions entre citoyens sont la base la plus usuelle du droit de propriété. Laisser ces transactions éternellement en suspens, c'était atteindre la propriété elle-même et blesser au cœur toute société. En présence d'un pareil danger, on s'explique facilement comment, au milieu des difficultés soulevées par son application, l'admission de la prescription, comme principe, a été unanimement adoptée.

Le Code civil n'a donc fait qu'accepter le legs que lui avaient fait les précédentes législations. L'article 1304 n'a introduit qu'une seule modification, à savoir : la détermination du délai de dix ans pour la prescription des actions en nullité comme pour celles en rescision. De cette manière, la controverse, qui avait si vivement jusque là préoccupé la doctrine et la jurisprudence sur le caractère de l'action, s'est trouvée désormais complétement sans objet.

614. — Avant d'examiner le texte de cet article, il

importe de bien préciser son esprit. Nous pourrons ainsi déterminer la nature de la prescription qu'il consacre, et cette détermination nous servira à résoudre quelques difficultés sur lesquelles la doctrine n'est pas encore définitivement fixée.

615. — Un des jurisconsultes les plus éminents de notre époque, M. Troplong, recherchant quels sont les fondements philosophiques de la prescription, arrive à cette conclusion : que les droits, considérés dans leur idéal, ne peuvent recevoir du temps aucune modification, que ce n'est donc pas sur lui qu'est directement fondée la prescription, qu'elle a sa base dans la possession de de celui qui acquiert, et dans une présomption de renonciation chez celui qui néglige sa propriété, et que le temps n'y intervient que comme mesure des éléments sur lesquels elle repose.

616. — Cette conclusion, en ce qui concerne la déchéance consacrée par l'article 1304, sera d'une incontestable justesse, s'il est vrai que le principe de cette déchéance réside dans l'exécution que l'acte nul ou rescindable a reçue. Cette exécution, conférant à l'un la possession, constitue l'autre en négligence et finit par faire admettre sa renonciation si, pendant dix ans, il n'a pas revendiqué contre un pareil état de choses.

Or, que tel soit le fondement de la prescription autorisée par l'article 1304, c'est ce dont il n'est pas permis de douter [1]. La perte d'un droit quelconque, par le seul

*[1] Il est assez généralement admis que le délai de dix ans de l'art. 1304 n'emporte pas seulement une simple déchéance, mais une véritable

effet du temps, n'était pas admissible en principe, car le temps n'intervient dans la prescription que comme mesure des éléments sur lesquels elle repose. Le législateur ne pouvait consacrer une injustice aussi flagrante. La consécration de la prescription suppose donc la possession d'une part, la négligence de l'autre. C'est le froissement d'intérêt qui en résulte, c'est le préjudice permanent, éprouvé par celui contre qui on prescrit, qui proteste perpétuellement contre son silence. Légalement mis en demeure de faire valoir ses droits, il consomme lui-même la spoliation dont il se prétendrait victime, si son inaction s'est prolongée jusqu'au terme fixé pour la prescription. Or tout cela ne peut se réaliser que par l'exécution dont l'acte nul ou rescindable a été l'objet.

617. — A défaut d'exécution, en effet, le débiteur n'éprouve aucune atteinte ni dans sa fortune, ni dans ses droits. Il ne peut être accusé de négligence, car son intérêt ne le sollicite pas d'agir. L'existence de l'acte nul ou rescindable constitue tout au plus une menace dans l'avenir, menace d'autant plus vaine, que l'inaction du créancier peut être considérée comme un aveu de l'invalidité de son titre, comme une renonciation à s'en prévaloir. Apparente ou réelle, cette présomption excuse le silence gardé par le débiteur, qui doit d'autant moins s'adresser à la justice qu'il ne pourrait en obtenir que ce qu'il possède déjà.

La prescription atteignant en cet état le débiteur serait un fait injuste, d'autant plus anormal que le créancier

prescription, reposant sur une renonciation ou une confirmation présumée. *Voy.* Toullier, VII, 661; Marcadé, art. 1304, n° 4; Larombière, IV, art. 1304, n° 25; Laurent, XIX, 3 et suiv.

aurait prescrit sans avoir possédé. Or, de toutes les conditions, la possession est la plus indispensable pour pouvoir prescrire. Conséquemment, nul ne peut prétendre avoir prescrit une action, ou, ce qui est la même chose, s'en être libéré par le laps de temps dans lequel son exercice est circonscrit, s'il n'en a possédé l'objet pendant tout ce temps. L'exécution de l'acte nul ou rescindable pouvant seule donner cette possession, il faut en conclure que, dans l'esprit de la loi, pour que la prescription de l'article 1304 soit applicable, il faut que l'acte ait été exécuté pendant dix ans.

Cette intention nous la rencontrons dans le texte d'une manière bien plus formelle encore. *Dans tous les cas où* L'ACTION *en nullité ou en rescision n'est pas limitée à un moindre temps, par une loi particulière,* CETTE ACTION *dure dix ans.*

C'est donc l'action seule qui est déclarée susceptible d'être atteinte par la prescription. Or, l'action n'étant que le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient, la nécessité de l'intenter suppose que celui à qui elle est imposée n'a pas ou n'a plus ce qu'il devrait avoir, en d'autres termes, que la convention nulle ou rescindable l'a privé d'une partie de ce qu'il avait à recevoir ou l'a dépouillé d'une chose qu'il avait toujours possédée et qu'il est en droit de redemander.

Alors, mais alors seulement, l'inaction qu'il s'impose en présence d'un préjudice flagrant, parfaitement connu, donne à sa conduite le caractère d'abandon qui, rapproché de la possession décennale de son adversaire, détermine et doit déterminer la prescription.

618. — Le texte de la loi est donc parfaitement d'ac-

cord avec son esprit. La première condition, essentielle à l'application de l'article 1304, est que l'acte nul ou rescindable ait reçu son exécution ; que cette exécution ait duré dix ans sans réclamation. C'est l'action résultant de cette exécution qui prescrit par le laps de dix ans. Ce qui le prouve encore mieux, c'est la perpétuité de l'exception dont nous aurons à nous occuper.

La prescription de l'article 1304 n'est donc qu'un mode de ratification tacite. Seulement, l'effet que produit dans celle-ci le fait postérieur d'exécution, est ici la conséquence du silence obstiné du débiteur. Ce caractère de la prescription explique les conditions que la loi a tracées dans le point de départ du délai qui la constitue.

619. — L'exécution décennale n'est utilement invoquée que lorsqu'elle émane d'une personne capable, d'un consentement éclairé sur le vice de la convention : *Contra non valentem agere, non currit prescriptio*. Or, la loi considère comme suffisamment empêché d'agir, non seulement celui qui est incapable de contracter, mais encore celui qui ignore l'existence du droit que la prescription doit lui ravir. C'est ce qui résulte explicitement de l'article 1304.

« Le délai de dix ans ne court, pour les actes faits par un interdit, que du jour de la levée de l'interdiction ; pour les actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ; pour ceux faits par la femme mariée non autorisée, que du jour de la dissolution du mariage ; dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé ; dans les cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts. »

On le voit, la loi présume dans la prescription l'effet

que la ratification produit, à savoir : la renonciation à se pourvoir contre le vice de l'acte. Il fallait donc que dans l'une comme dans l'autre, le débiteur pût valablement aliéner.

620. — Or, cette faculté n'a jamais appartenu au mineur, à l'interdit, à la femme mariée ; elle ne saurait être exercée par celui qui ignore la nature vicieuse de l'engagement qu'il a souscrit. Cette ignorance du vice est présumée la cause unique de l'exécution, laquelle, se trouvant entachée d'erreur, ne saurait créer aucun lien obligatoire. C'est ce qui se réalise pour la ratification; c'est aussi ce que la loi admet pour la prescription.

Dès lors le moment de la découverte du dol sera d'une importance décisive dans les procès où s'agite la question de prescription. L'action, en effet, se trouvera éteinte ou non, suivant la détermination que recevra ce point de départ de la prescription. A la charge de qui doit-on imposer le fardeau de la preuve?

621. — Il semblerait résulter de l'article 1304 que c'est à celui qui excipe de la prescription qu'incombe ce devoir. Il n'y a prescription que si l'exécution s'est réalisée dans les conditions voulues par la loi. Celui-là donc qui invoque cette exécution devrait en justifier le caractère, pour pouvoir utilement s'en prévaloir.

Mais les considérations que nous avons invoquées pour la solution de cette question, à l'endroit de la ratification, doivent recevoir, dans cette circonstance, une entière application et conduire à une conséquence identique. L'exécution n'est jamais présumée le résultat de l'erreur. C'est la présomption contraire qui est seule admissible.

La partie qui l'invoque n'a donc à prouver que son existence et sa durée.

Cette preuve fournie, la prescription est acquise, à moins que le débiteur n'allègue et ne prouve que le point de départ assigné n'est pas celui qui doit être adopté, en d'autres termes, que la découverte du dol ne remonte pas à dix ans. Cette allégation le constitue demandeur en exception. La preuve est donc à sa charge, et cela par les motifs que nous avons déjà rappelés, à savoir : qu'elle ne peut résulter que de faits qui lui sont personnels, que ces faits constituent une exception établie pour son utilité, qu'ils tendent à enlever au créancier le bénéfice de la prescription [1].

622. — Mais il n'en est pas de cette preuve comme de celle de l'hypothèse prévue par l'article 448 du Code de procédure civile, elle ne doit pas être nécessairement une preuve écrite. C'est par les documents du procès, par les renseignements fournis par les témoins, c'est enfin par les présomptions qu'elle peut être acquise.

623. — Les principes généraux du droit sur l'interruption de la prescription reçoivent une application incontestée à celle édictée par l'article 1304. Tout acte constitutif d'une interruption, soit naturelle, soit civile, produirait donc, dans les conditions exigées par la loi, tous les effets dont il est susceptible.

624. — Qu'en est-il des causes qui suspendent la pres-

[1] Cass. 23 juin 1825; — Grenoble, 1er mars 1827; — D. P., 25, 1, 400; 27, 2, 95.

cription? Le délai de dix ans, qui aurait commencé de courir contre un majeur, serait-il suspendu par la minorité ou l'interdiction de son héritier?

L'affirmative n'était pas douteuse en droit romain. Le mineur, comme l'enseigne Ulpien, était considéré comme lésé, en cela même qu'il n'avait pas formé en temps utile l'action que son auteur lui avait transmise : *Hoc enim ipso deceptus videtur, quod cum posset restitui intra tempus statutam ex persona de functi, hoc non fecit*[1]. On lui accordait donc, pour intenter l'action après la majorité, le même temps qui restait au défunt au moment de sa mort : *Tempus quod habuit is cui hæres extitit.* La prescription restait donc suspendue depuis le décès du majeur jusqu'à la majorité de son héritier. Ce temps d'arrêt n'était que la conséquence de la règle *contra non valentem agere, non currit prescriptio.*

Le fondement de cette doctrine, consacrée par notre ancien droit, a été admis par le Code civil. L'article 2252, à la section *des causes qui interrompent la prescription,* dispose que la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits. Conséquemment notre question serait toute tranchée, si l'on déclarait cette disposition applicable à la prescription de l'article 1304.

C'est cette applicabilité que nie Toullier. « Le Code, « dit cet éminent jurisconsulte, a obéi, quant à ce, à d'au- « tres principes que le droit romain, afin de ne pas « prolonger l'incertitude des transactions. Ce n'est qu'à « l'égard des actes faits par les mineurs et les interdits, « et non à l'égard des actes faits par ceux auxquels ils « succèdent, que l'article 1304 ordonne que le temps ne

[1] L. 19, Dig. *de minoribus.*

« courra que du jour de la majorité ou de la levée de « l'interdiction. De plus, l'article 1676 porte expressé- « ment que le délai donné pour la rescision de la vente « pour lésion des sept douzièmes court contre les absents, « les interdits et les mineurs venant du chef d'un ma- « jeur[1].

Nous pourrions dire de Toullier ce que lui-même disait tout à l'heure de Merlin : il ne s'est pas exprimé avec son exactitude ordinaire. Il est, en effet, facile de reconnaître que des deux arguments qu'il invoque, le premier est insignifiant, et que le second se retorque contre son opinion d'une manière victorieuse.

L'article 1304 n'avait qu'un objet spécial : le sort de l'acte nul pour avoir été souscrit en minorité, en état d'interdiction, ou rescindable pour cause d'erreur ou de dol. Dans chacun de ces cas, il détermine le point de départ de la prescription de l'action qui en résulte.

Mais l'article 1304 ne s'explique ni sur le cas où les personnes, à qui appartient l'action meurent sans l'avoir exercée et avant que le délai, dans lequel l'exercice en est circonscrit, ait commencé de courir ni sur le cas où elles meurent pendant le cours de ce délai, ni sur le cas où ce sont des mineurs qui leur succèdent. Que conclure de ce silence, si non que, s'en référant aux principes généraux en matière de prescription, le législateur a laissé sous leur empire la solution que chacun d'eux doit recevoir.

Ainsi, dit Merlin, le législateur est censé dire que dans le premier cas, l'héritier entre dans tous les droits du défunt, et que par suite il jouit, pour intenter l'action en nullité ou en rescision, de tout le délai qui était encore

[1] T. VII, nº 612.

entier à la mort de celui-ci; il est censé dire, par la même raison, que, dans le second cas, l'héritier a pour intenter l'action tout le temps qui restait encore au défunt; il faut donc bien aussi qu'il soit censé dire que, dans le troisième cas, le temps qui restait au défunt ne commencera à courir contre l'héritier que du jour où celui-ci aura atteint sa majorité[1].

Cela est d'autant plus évident, qu'on ne pourrait décider le contraire sans violer formellement la disposition de l'article 2252. Sans doute la règle qu'elle renferme est susceptible de quelques exceptions, mais à condition que ces exceptions soient textuellement établies par une disposition expresse, c'est ainsi que l'exige l'article 2252 lui-même.

Or cette exception, dans le cas de l'article 1676, n'est qu'une conséquence du principe posé par l'article 2252. La prescription de l'action biennale court contre le mineur et l'interdit parce que l'article 1676, conformément à ce principe, le décide formellement. Toullier ne pourrait donc invoquer l'analogie qui le détermine que si l'article 1304 s'expliquait comme l'article 1676. Nous avons donc raison de dire que, loin d'être favorable à son système, cet article le repousse; il est évident en effet que si l'article 1676 ne s'en était pas formellement expliqué, la prescription biennale de l'action en rescision eût été suspendue par la minorité et l'interdiction. Donc l'article 1304 gardant le silence, il est impossible de ne pas admettre, dans l'hypothèse qu'il prévoit ce qu'on aurait admis dans le cas de l'article 1676, si, à son tour, celui-ci s'était tu.

[1] *Questions de droit*, v°, *rescision*, § 5.

Mais, dit Toullier, il y a non-seulement identité de raison, mais une raison de plus pour appliquer la disposition de l'article 1676 aux autres actions en rescision dont la durée est de dix ans. Les considérations qui précèdent repoussent suffisamment cette observation, que les principes d'ailleurs condamnent. Lorsqu'il s'agit d'une exception pour laquelle la loi exige un texte formel, l'existence de ce texte, pour un cas déterminé, ne saurait autoriser son application à un autre cas non spécifié. Ce qui en résulterait plutôt, c'est que ce dernier a été formellement exclu : *Qui dicit de uno, de altero negat.* Il suffit donc que l'article 1676 soit une exception au principe général pour qu'il faille le restreindre au cas spécial qu'il prévoit, soit en vertu du principe que nous venons de rappeler, soit parce que les exceptions étant de droit étroit, on ne peut les étendre d'un cas à l'autre sous prétexte d'analogie, de parité ou de supériorité de raison.

Nous ne croyons donc pas que l'opinion de Toullier puisse être suivie. L'avis contraire est seul conforme aux véritables principes, c'est ce qu'attestent la doctrine et la jurisprudence [1]. On doit donc décider que dans le cas de l'article 1304, comme dans la prescription en général, le délai est suspendu par la minorité et par l'interdiction de l'héritier du majeur, contre lequel il a commencé de courir [2].

[1] Merlin, *loco citato*; — Domat, L. civ., liv. 2, tit. de la *restitution*, sect. 1. n° 15; — Selon, des *Nullités*, t. 11, p. 464. n° 493; — Limoges, 28 mai 1836; — D. P., 38, 2, 203. * — *Junge* Nîmes, 20 juin 1839, Sir. 39. 2. 535; Agen, 10 janv. 1851, Sir. 51. 2, 780.

* [2] L'opinion contraire, enseignée par Toullier, *loc. cit.* et par Duranton, XII, 548, repose sur cette idée qu'il ne s'agit pas, dans

625. — Nous avons vu plus haut que le dol engendre, outre et indépendamment de l'action en rescision, l'action en dommages-intérêts, et que le plaignant est en droit d'exercer celle-ci, soit qu'il ne veuille ou qu'il ne puisse intenter l'autre. Cette action, comme celle en rescision, est-elle atteinte par la prescription de dix ans?

La négative est enseignée par M. Chardon en ces termes : « Si l'action ne tendait qu'aux dommages-intérêts « résultant du dol, elle pourrait être utilement exercée « après les dix ans de la découverte. La règle générale « pour les prescriptions est celle que contient l'art. 2262 « du Code civil, qui fixe à trente ans la durée de toutes « les actions réelles ou personnelles. Toutes les prescrip- « tions acquises par un laps de temps moins considérable « ne sont que des exceptions, elles doivent être restrein- « tes aux cas pour lesquels elles sont établies. Or l'arti- « cle 1304 n'établit la prescription de dix ans qu'à l'égard « de l'action en nullité[1].

Parfaitement d'accord avec M. Chardon sur le principe, nous ne pouvons en contester la conséquence. Mais ce que nous ne pouvons admettre, c'est l'application qu'il en fait à l'article 1304, lequel nous paraît établir formellement une exception à l'article 2262.

Il est vrai que cet article ne parle nommément que de

l'art. 1304, d'une véritable prescription, mais d'une simple déchéance, résultant de l'expiration d'un délai préfix.

Voy. sur la doctrine adoptée par M. Bédarride, Merlin, *Rép.* v°. Rescision, n° 5 *bis*; *Quest. de dr. eod. v°*, § 5; Proudhon, 11, p. 504 et 505; Marcadé, sur les art. 2252 et 2256, n° 1; Aubry et Rau, II, § 214, p. 338; Laurent, XIX, 3 et 4. — Req. 8 nov. 1843, Sir. 44 1. 129.

[1] T. I, p. 81, n° 54.

l'action en nullité ou rescision, mais l'extinction ne porte pas seulement sur l'action; ce que la prescription atteint, c'est principalement sa cause, or si l'action en dommages-intérêts n'a pas d'autre cause que celle de l'action en rescision, et si, pour ce qui concerne cette dernière, cette cause est désormais éteinte, comment la première pourrait-elle survivre à son principe générateur?

L'identité de la cause, dans l'action en rescision et dans celle en dommages-intérêts, ne saurait être contestée. Le dol seul qui motive l'une, motive l'autre. Mais si l'acte ne peut même plus être querellé sous ce rapport, il est évident qu'il n'y aurait aucun fondement à la demande en dommages-intérêts, et que cette demande ne pourrait être justifiée.

C'est ce qui se réalise chaque jour pour la rescision, pour vices redhibitoires. L'existence de l'un de ces vices engendre deux actions : l'une en rescision, l'autre en *quanti minoris*, c'est-à-dire en dommages-intérêts. Celui qui ayant intenté l'une a succombé serait-il recevable à intenter plus tard la seconde? Évidemment non, car en donnant congé sur la première, le jugement a légalement prononcé sur toutes les deux.

Cette doctrine, que nous avons dit être celle du judicieux Pothier [1], a conduit à cette conséquence rationnelle, que celui, qui a laissé expirer les délais de la redhibition, ne peut plus recourir, à l'action en dommages-intérêts, c'est ce que la Cour d'appel d'Aix, notamment, a jugé dans l'affaire Agard contre Gilles, sur le motif entre autres que le recours en dommages-intérêts, après la déchéance de l'action en nullité ou rescision de la vente,

[1] Vid. *supra*, nº 538.

accuserait l'inutilité de cette déchéance en la remplaçant avantageusement par l'action en dommages-intérêts[1].

Le même effet se produirait exactement dans le cas de l'article 1304, si l'opinion de M. Chardon pouvait être admise. Quel serait le bénéfice de la prescription, si son accomplissement laisse subsister, d'une part, le droit d'obtenir une réparation intégrale, de l'autre, l'obligation de faire disparaître tout préjudice occasionné par le dol? Qu'aurait donc gagné celui qui a prescrit? Quelle serait la peine de la négligence de celui qui a laissé prescrire? Le maintien de l'acte! Mais ce maintien n'a plus de prix réel, lorsque l'inégalité qu'il crée doit être rachetée à prix d'argent.

Le système de M. Chardon enlève donc toute sanction réelle à l'article 1304. L'action en dommages-intérêts ne pourrait survivre à l'action en rescision sans briser toute l'économie de cette disposition législative, sans méconnaître ouvertement l'esprit qui l'a dictée.

Nous venons de le dire, la prescription n'est à vrai dire, qu'un mode de ratification tacite, car elle ne résulte que d'une exécution donnée en pleine connaissance du vice dont l'obligation est entachée. Dix ans entiers de cette exécution font consacrer qu'il a été dans l'intention des parties de purger ce vice, lequel se trouve dès lors complètement effacé. Or, comment concilier cette conséquence avec le système de M. Chardon? L'action en dommages-intérêts survivrait-elle à la ratification expresse ou tacite? Evidemment non. Mais alors comment pourrait-elle survivre à la ratification légale résultant de l'exécution décennale? L'obstacle que nous rencontrons dans

[1] 23 décembre 1843; — *Jurisp. de la Cour d'Aix*, 1844, p. 129.

le premier cas, à savoir : l'extinction du principe générateur de l'action se rencontre d'une manière non moins énergique, non moins péremptoire. Il y a dès lors une invincible impossibilité à décider pour l'un le contraire de ce qu'on déciderait pour l'autre.

En résumé, si le dol crée deux actions, ces deux actions, différentes quant aux résultats, n'ont qu'une seule cause. La prescription effaçant le dol, empêchant qu'on puisse plus tard en alléguer l'existence, atteint également tous les droits que celui-ci est dans le cas de créer. Permettre de demander les dommages-intérêts lorsqu'on s'est rendu non-recevable à poursuivre la rescision de l'acte, c'est véritablement abuser de la différence des mots et reconnaître un effet qui n'a pas de cause.

626. — Nous ne pouvons donc partager l'opinion de M. Chardon, pas plus en ce point que lorsqu'il enseigne qu'après trente ans, lors même que le dol n'aurait été découvert que récemment, toute action serait prescrite. On ne saurait se placer plus formellement en contradiction avec le texte de la loi, qui ne fait courir le délai de dix ans que du jour de cette découverte. Cette découverte est donc un des éléments constitutifs de la prescription ; elle en forme l'unique point de départ, à quelque époque qu'elle se réalise. Conséquemment, dire que l'exécution qui a précédé cette découverte pourra concourir dans une proportion quelconque à l'acquisition de prescription ou la déterminer, c'est se placer en révolte ouverte contre la volonté expresse du législateur, c'est consacrer une injustice en dépouillantcelui qui n'a jamais pu agir parcequ'il a toujours ignoré qu'il eût un droit à exercer; c'est

enfin méconnaître cette maxime si équitable : *Contra non valentem agere, non currit prescriptio* [1].

La prescription ne peut se justifier que par l'inconcevable négligence apportée à la réclamation d'un droit qu'on sait vous appartenir, qu'on est en état de revendiquer. C'est ce que consacre l'article 1304, en n'ouvrant le délai de la prescription qu'au moment de la découverte du dol. Assigner un temps quelconque à cette découverte était une chose impossible. C'est donc ajouter à la loi de la circonscrire même dans le délai de trente ans [2].

627. — La déchéance prononcée par l'article 1304 est absolue; il est bon de ne pas le perdre de vue, en présence des principes concernant la répétition de l'indû. On sait qu'aux termes de l'article 1235, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, on sait aussi que l'action en répétition dure trente ans. Or, celui qui a soldé une obligation entachée de dol pourrait prétendre avoir payé ce qu'il ne devait pas, et conséquemment vouloir se placer sous le patronage de la prescription trentenaire.

Il est certain que le dol n'oblige ni naturellement ni civilement. Celui qui a payé une dette qui en est viciée a donc réellement payé ce qu'il ne devait pas. Mais si on pouvait, en pareille matière, invoquer les principes de la répétition, on arriverait à cette singulière antinomie qu'un droit, éteint en vertu de l'article 1304, survivrait

* [1] L'ignorance du dol ne forme qu'un obstacle de fait à l'introduction immédiate de l'action, et les obstacles de cette nature n'arrêtent point, en général, le cours de la prescription. On ne peut donc se prévaloir de la maxime ci-dessus citée.

* [2] L'opinion contraire est professée par MM. Aubry et Rau, IV, § 339, p. 282; nous pensons qu'elle est préférable.

pendant vingt ans encore à cette extinction. Cet article ne serait donc plus qu'une menace inutile et vaine.

Un pareil résultat est la condamnation la plus énergique du système qui le verrait se produire. Nous pouvons donc, par l'effet seul, juger que le législateur n'a pu admettre la cause. C'est au reste à quoi aboutit l'appréciation des véritables principes en matière de répétition de la chose non due.

Il n'y a paiement non dû que lorsque la dette n'existait pas ou n'existait plus au moment où elle a été payée; et que cette circonstance, ignorée au moins par le débiteur, a seule déterminé le payement. L'erreur sur la qualité respective de créancier et de débiteur est tellement essentielle que celui qui paye, sachant qu'il ne doit pas, se rend non-recevable à répéter : *Sed si sciens se non debere, indebitum solvit, cessat repetitio... Enim vero indebitum solutum sciens, non recte repetit* [1].

Cette doctrine n'est que la conséquence de cette idée fort juste; qu'on ne paye pas uniquement pour se procurer le plaisir de redemander judiciairement ce qu'on n'était pas obligé de payer. Conséquemment, celui qui paie sciemment une dette qu'on lui réclame, qui ne peut en conséquence exciper d'une erreur quelconque, prouve suffisamment que cette dette constituait au moins pour lui une obligation naturelle, et ce motif suffit pour rendre l'action en répétition non-recevable.

Ainsi l'exercice de la répétition suppose le paiement par erreur d'une dette qui n'existait pas, soit que le prétendu débiteur ne se fût jamais engagé, soit que la dette exis-

[1] L. 1, Dig. et L. 9, Cod. *de condict. indebiti.*

tant dans le principe eût déjà été payée par lui, soit enfin qu'il ne fût pas le débiteur véritable.

Or, celui qui paie une dette, en vertu d'un engagement qu'il a souscrit, ne se place dans aucune de ces hypothèses. Que la dette ait été contractée par le résultat de la violence, de l'erreur ou du dol, qu'elle soit sans cause ou sur une cause fausse ou illicite, elle n'en existe pas moins, elle n'en est pas moins le fait du débiteur, qui demeure obligé tant qu'il n'a pas fait prononcer en justice la nullité de son engagement. Un consentement extorqué, dit Pothier, n'en est pas moins obligatoire tant que le lien n'en a pas été régulièrement rompu. Donc l'exécution de l'obligation, le paiement qu'elle a déterminé, n'est qu'une conséquence naturelle de l'existence de l'obligation elle-même. Donc la dette payée était due aux yeux de la loi positive.

Comment donc pourrait-elle être répétée lorsque le débiteur, pouvant la faire annuler, l'a au contraire acceptée et payée. Car il faut nécessairement admettre que le paiement a été réalisé en pleine connaissance du vice de l'obligation. En effet, si le dol n'était pas découvert lors du paiement, il est inutile de recourir aux principes de la répétition. L'action en nullité est ouverte du moment où le dol apparaît, et cette action suffit pour déterminer la restitution de ce qui a été payé.

Que si le paiement a été fait avant la découverte du vice et que, celle-ci se réalisant, le débiteur ait gardé le silence pendant dix ans, ce silence équivaut à ratification. L'acte ainsi confirmé est désormais inattaquable. Or, la dette existant dès lors légalement, le paiement qui l'a éteinte ne saurait devenir l'objet d'une action en répétition.

Ainsi tant que l'action en nullité n'est pas prescrite,

elle sauvegarde suffisamment les intérêts du débiteur, elle est pour lui à l'instar de la répétition, puisqu'elle amène le remboursement de ce qu'il a injustement payé. Après l'extinction de cette action, il existe réellement une dette obligatoire puisant ce caractère dans la ratification dont elle a été l'objet, soit expressément, soit tacitement, soit par l'effet de la prescription. Il ne peut donc y avoir lieu à répétition, par la meilleure de toutes les raisons, à savoir : parce que le paiement s'applique à une dette due.

Les considérations qui précèdent nous paraissent de nature à aplanir les difficultés que pourrait faire naître la distinction entre les cas où l'on pourrait être appelé à exercer soit l'action en rescision, soit l'action en répétition. Le paiement a-t-il été la conséquence de l'erreur sur l'existence actuelle de la dette, sur la qualité respective de créancier et de débiteur? C'est l'action en répétition qui est ouverte. Toutes les fois, au contraire, que l'erreur a porté sur les caractères extérieurs ou essentiels de l'obligation, sur sa validité, l'action est déterminée par l'objet qu'elle se propose. Or, dans cette hypothèse, la restitution ne sera que la conséquence de la constatation du vice de l'obligation, de la nullité qui en résulte. C'est donc cette nullité qu'on doit établir *a priori*, et dès lors l'action rentre nécessairement sous l'application de l'art. 1304[1].

*[1] La prescription de l'art. 1304 ne s'applique pas aux actions qui ne sont pas des demandes en nullité ou rescision proprement dites. Telles sont, par exemple, les actions en répétition de l'indû (Duranton, XII, 550; Larombière, IV, art. 1304, n° 28; Civ. rej. 19 janv. 1831, Sir. 31, I. 157.) — Il en est ainsi de l'action ayant pour objet la restitution de sommes payées en vertu d'une convention usuraire. Troplong,

628. — Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse de l'action intentée après l'exécution de l'acte, et nous avons dit que la prescription n'était elle-même que la conséquence de cette exécution. Il est cependant certain que, même dans le cas où l'acte n'a pas été exécuté, l'action du débiteur se prescrirait par dix ans, en ce sens qu'après ce délai il ne pourrait plus directement faire prononcer la rescision de l'obligation.

629. — Mais, loin d'affaiblir notre système, ce point de vue vient lui donner une éclatante confirmation. En effet, le créancier, dans cette hypothèse, ne gagne à la prescription que d'être affranchi de la nécessité de se défendre en justice contre la demande en rescision, ses droits, quant à la chose ayant fait l'objet de l'obligation demeurent ce qu'ils ont été jusque-là, une menace d'autant plus vaine que, le jour où il voudra les réaliser, le débiteur aura la faculté de faire prononcer par voie d'exception la rescision qu'il ne peut requérir par voie d'action. Ici, en effet, s'applique la maxime : *Quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum.*

630. — Il n'est peut-être pas de règle qui soit plus souvent invoquée au palais que celle que nous rappelons, il s'en faut pourtant qu'elle le soit toujours à propos. Cette circonstance, et l'importance d'ailleurs qu'elle a pour les droits qu'elle est dans le cas de protéger, nous font un

Du prêt, n° 401 ; Larombière, IV, art. 1304, n° 58 ; Civ. rej. 31 déc. 1833, Sir. 34. I. 104.

Même décision à l'égard de l'action tendant à la restitution de sommes payées en vertu d'un traité secret relatif à la cession d'un office. Req. 3 janv. 1849, Sir. 49, I. 282.

devoir d'en rechercher le sens, d'en préciser l'étendue. Nous déterminerons ainsi les cas dans lesquels elle doit être appliquée.

Que cette règle puise son origine dans certains textes du droit romain, c'est ce dont il est permis de douter. A notre avis, Merlin [1] prouve le contraire avec autant de supériorité de raison que de clarté.

Ce qui est certain, c'est qu'elle avait été consacrée en principe par notre ancien droit. Mais, d'accord sur ce principe, les docteurs étaient loin de s'entendre sur son application. Quelques-uns même allaient jusqu'à l'exclure, lorsque ce qui faisait l'objet de l'exception avait pu être proposé par voie d'action.

Cette doctrine, comme l'observe Merlin, dénaturait complètement le principe. La faculté d'agir perpétuellement par exception, lorsque l'action n'est que temporaire, implique forcément le concours de l'action et de l'exception. Prohiber celle-ci lorsque l'autre n'avait pas été exercée, c'était donc refuser d'appliquer la règle au cas pour lequel elle a été précisément faite et qu'elle paraissait devoir exclusivement régir.

C'est cependant cette erreur grave que les rédacteurs de l'ordonnance de 1539 avaient consacrée, en inscrivant dans l'article 134 : *qu'après l'âge de 35 ans parfaits et accomplis ne se pourrait, pour le regard du privilège ou faveur de minorité, plus déduire ou poursuivre la cassation des contrats,* EN DEMANDANT OU EN DÉFENDANT.

Ainsi la prescription atteignait, sous l'empire de cette ordonnance, non seulement l'action, mais encore l'exception. Mais cette disposition avait été, à l'endroit de

[1] *Répert.*, v° *prescription*, sect. 2, § 25.

celle-ci, sévèrement appréciée par la doctrine. *In hoc iniqua est constitutio*, s'écriait Dumoulin, et cette opinion si grave avait suffi pour que dans la pratique le texte rigoureux de l'ordonnance ne fût appliqué que lorsque, sous le rôle apparent de défendeur, le mineur venait, comme véritable demandeur, après dix ans de la majorité, exciper de la lésion soufferte en minorité.

Les termes de l'article 1304, en regard de ceux de l'ordonnance de 1539, prouvent que le législateur nouveau a formellement proscrit le système de celle-ci. La réprobation qui avait d'ailleurs accueilli ce système lui en faisait un devoir. Cependant M. Duranton voit, dans le silence gardé sur l'exception, l'intention de suivre aujourd'hui encore l'opinion des rédacteurs de l'ordonnance. Mais cette doctrine nous paraît insoutenable en présence du texte, mieux encore de l'esprit de la loi.

631. — L'article 1304 n'a pas dit que l'exception serait prescrite, parce que l'exception à l'aide de laquelle on veut se maintenir en possession suppose, chez celui qui en excipe, la possession actuelle et ancienne de ce qui fait l'objet du litige. Celui qui veut le dépouiller n'a donc pas cette possession, et, en cet état, comment concevoir la possibilité d'une prescription? On ne peut prescrire qu'autant qu'on a possédé, que ce qu'on a possédé : *Tantum prescriptum quantum possessum*. Il suffit donc que celui qui revendique n'ait rien possédé, pour qu'il n'ait pas, nous ne dirons pas prescrit, mais pu prescrire. Si quelque chose avait pu être atteint par la prescription, ce serait le droit qu'on cherche à faire valoir après un silence et une inaction de plus de dix ans. Ainsi, l'absence de toute possession ne permettait pas de placer l'excep-

tion sur la même ligne que l'action dans l'hypothèse contraire, et voilà pourquoi l'article 1304 se borne à soumettre celle-ci à la prescription qu'il édicte. Le silence qu'il garde sur l'exception ne peut donc être interprété comme le fait M. Duranton. On ne comprendrait pas d'ailleurs ce silence si le Code n'avait voulu que ce que voulait l'ordonnance. La chose méritait certes bien qu'il s'en expliquât nettement.

632. — L'esprit de la loi ainsi fixé, nous arrivons à cette conséquence que l'exception perpétuelle suppose l'existence d'une action actuellement prescrite. C'est évidemment ce qui se réalisera dans le cas de dol, lorsque la prescription décennale aura fait disparaître l'action. Dès lors, la recevabilité de la maxime *quæ temporalia*, etc., ne peut être contestée. Nous ne connaissons guère que M. Duranton qui l'ait combattue [1]. Mais il suffit de lire ce qu'il a écrit à ce sujet pour s'étonner qu'un jurisconsulte aussi distingué n'ait pas jugé, par l'embarras de ses développements et par la gravité des doutes qu'il signale, qu'il n'était pas dans la voie des véritables principes.

Son opinion, indépendamment de ce qu'elle est à peu près isolée, est combattue par une nombreuse et imposante jurisprudence, couronnée par un arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 1846 [2].

[1] T. II, nº 549. — * *Junge* Marcadé, sur l'art. 1304, nº. 3. Duvergier sur Toullier, VII, nº. 601, note *a*; Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, VI-VII.

[2] *Journal du Palais*, t. I, p. 16, 1847. — * *Junge* Civ. rej. 31 déc. 1833, Sir. 34. 1. 304; 7 janvier 1868, Sir. 68. 1. 150. — Toullier, VII, 600 et suiv.; Troplong, II, 827 et suiv.; Larombière, IV, art. 1304, nºs 34-38; Demolombe, XXIX, 136 et 137; Aubry et Rau, VIII, § 771, p. 424.

633. — Cet arrêt nous fournit l'occasion naturelle de passer de ces considérations générales aux conditions que le juge doit exiger pour appliquer la règle que nous examinons. Or, la première et la plus indispensable de ces conditions, c'est que l'obligation nulle ou rescindable n'ait encore reçu aucune condition. Ainsi, la Cour de cassation pose en principe que l'exception ne peut être utilement invoquée qu'autant que celui qui s'en prévaut est constamment resté en possession de l'objet ayant fait la matière de cette obligation. Alors, en effet, le créancier n'a pu prescrire, ainsi que nous venons de dire, et, de son côté, le débiteur n'ayant jamais éprouvé de préjudice, ne peut être présumé avoir renoncé au droit que l'existence du dol lui conférait. L'exception n'est en conséquence qu'un moyen de se défendre contre une injuste spoliation qu'il ne dépendait pas du créancier de faire réussir en retardant à dessein le moment de la poursuivre. L'attaque se réalisant, la défense a le droit de se produire, car, comme l'observe Merlin, rien n'est plus conforme à l'équité que de faire durer le droit de se défendre aussi longtemps que dure le droit d'attaquer, et de ne jamais considérer comme trop lente la défense qui est aussi prompte que l'attaque.

634. — L'exception perpétuelle doit donc offrir ce caractère qu'elle n'est que la défense à la demande. Dès lors elle suppose que l'acte rescindable n'a encore reçu aucune exécution; dans le cas contraire, le débiteur ne possédant plus ne pourrait plus en invoquer le bénéfice.

Ainsi, je suis induit, par dol, à vendre tout ou partie de ce que je possède. Découvrant le dol, je refuse de livrer l'objet vendu que je continue de posséder. Dix ans

après, l'acquéreur me poursuit, en exécution de la vente, j'ai le droit d'en faire prononcer la résiliation. Vainement opposerait-on la prescription, cette prescription m'a enlevé la faculté de faire prononcer la rescision par voie d'action, mais l'absence d'exécution, la continuité de la possession, enfin ma qualité de défendeur m'autorisent à me prévaloir de la maxime *quæ temporalia,* etc.

635. — La possession est donc réellement le fait dominant du litige. De là cette conséquence que le débiteur qui l'aurait perdue ou qui ne l'exercerait pas *jure suo,* ne pourrait, après la prescription de l'action, demander la rescision de l'acte par voie d'exception. La possession, pour conserver, doit offrir les caractères exigés pour celle qui fait acquérir, c'est-à-dire qu'elle doit être paisible, publique et exercée *animo domini.* Une possession matérielle, contraire à un titre régulier ou entachée de précarité ne suffirait donc pas.

636. — Dès lors, celui qui aurait ratifié l'obligation rescindable, soit expressément, soit tacitement, et qui aurait ainsi aliéné le droit de l'attaquer par action, ne serait plus recevable à en demander l'annulation par voie d'exception. La possession de fait dont il exciperait ne pourrait prévaloir contre le titre régulier et légitime de son adversaire, à moins que, s'étant prolongée au delà de trente ans, elle fût sanctionnée par la prescription. La même fin de non recevoir écarterait la prétention à faire rescinder l'acte par exception, lorsque le défendeur n'a conservé les biens qu'il ne détient qu'à titre de locataire ou de fermier.

637. — En dernière analyse, l'exception n'est proposable que lorsqu'elle a pour objet de maintenir un fait existant au moyen de l'annulation d'un titre contraire. C'est ce qui se réalise lorsque celui qui est actionné en revendication excipe de sa possession constante et demande la rescision du titre en vertu duquel on veut l'en dépouiller.

Mais lorsque dépouillé, soit de fait, soit en vertu d'un titre dont il a reconnu la validité, il veut reconquérir ce qu'il a perdu, sa prétention ne peut plus constituer une exception. De quelle manière qu'elle se produise, elle n'en constituera pas moins une action tombant sous l'application des articles 1304 et 1338. Ainsi, la maxime *quæ temporalia*, etc., n'est applicable que lorsqu'il s'agit de conserver ce que l'on possède. Elle ne peut jamais être appelée au secours d'une prétention tendant à se faire restituer ce qu'on a perdu. La possession de l'objet en litige est donc une condition sans laquelle on ne saurait même l'invoquer. Cette conclusion de la Cour de cassation n'est que la consécration des principes anciens sur la matière [1].

638. — C'est dans ce caractère essentiel de l'exception que se trouve la solution des difficultés que son applicabilité peut créer dans certains cas. La loi 9, § 4, Dig., *de jurejurando*, nous offre une hypothèse qui peut fréquemment se présenter encore : un individu, déchu de l'action en rescision, intente purement et simplement l'action, en revendication de l'objet qu'il prétend lui

[1] *Vid.* L. 31, Dig. *quibus causis majores*, etc ; président Favre, *Rationalia in pandectas*, sur la L. 9, § 4, *de jurejurando*.

appartenir, sans indiquer le titre qui l'en a dépouillé. Lorsque ce titre lui est opposé, il en demande à son tour la rescision, répondant au reproche de prescription par la maxime *quæ temporalia*, etc.

Evidemment l'application de cette maxime est ici invoquée par voie d'exception, mais elle n'en doit pas moins être refusée. Son objet n'est plus de conserver, elle tend à faire acquérir un droit définitivement aliéné. Dès lors celui qui l'invoque n'est pas dans les conditions voulues par la loi. Qu'importe, en effet, qu'en formulant sa demande première, il n'ait fait aucune mention du titre qu'il savait exister? Ce silence ne peut changer l'état des choses, ni surtout empêcher que la revendication exercée ne puisse être accueillie tant que le titre restera debout. Sa rescision est donc l'objet principal du litige, le but réel de l'action principalement intentée; dès lors si, par la prescription encourue, cette rescision n'est plus admissible, cette demande doit être rejetée.

S'il suffisait du détour que nous venons de signaler pour échapper à l'article 1304, sa disposition ne serait bientôt plus qu'une lettre morte sans efficacité, sans application. On évitera ce fâcheux résultat en appréciant la prétention dont on investit la justice plutôt par ses effets que par la circonstance dans laquelle elle se produit. L'exception est-elle invoquée à l'appui et pour le maintien d'un état des choses actuel? Elle est perpétuelle, la règle *quæ temporalia*, etc., est applicable. A-t-elle pour objet de faire acquérir un droit perdu, la possession d'une chose dont on s'est dépouillé? Elle constitue une véritable demande principale régie par la disposition de l'article 1304. L'invocation de la maxime *quæ temporalia*, etc., n'est qu'un abus.

Il en est de même lorsque cette invocation est faite pour échapper à la prescription qu'on oppose contre une demande qui, sans être une défense contre l'action à laquelle on défend, tend cependant à la modifier ou à en atténuer les résultats. Telles sont les demandes reconventionnelles ou en compensation.

Henrys estime que ces demandes constituent des actions plutôt que des exceptions. Ce sont, dit-il, des demandes réciproques accumulées, et le défendeur, par ces exceptions, tend plutôt à une compensation qu'à détruire la demande principale. Par exemple : Titius fait demande à un journalier, à un laboureur, du paiement d'une obligation, le défendeur excipe de quelques journées ou labourages qu'il prétend avoir fait pour lui. Cette exception n'est pas inhérente à l'action principale, c'est plutôt une nouvelle action qu'une exception [1].

De là Henrys conclut, avec raison, que, si cette exception était à son tour repoussée par celle de prescription, celui qui l'oppose ne pourrait se prétendre relevé de celle-ci par l'action principale à laquelle il défend. L'action, en effet, ne produit ce résultat qu'à l'endroit de l'exception qui lui est viscerale et connexe, qui procède, conséquemment, de l'action elle-même qu'elle a pour but d'anéantir : *Quæ perimit actionem.* Or, tel n'est pas, évidemment, le caractère de l'exception compensatoire ou reconventionnelle. Elle ne peut être admise que si elle est fondée en fait et en droit au moment où on l'oppose. Dès lors, si elle se trouve frappée de prescription, les conditions de la raison et de la loi ne se rencontrent

[1] L. 4, quest. 44, t. II, p. 961.

plus, et le rejet qui l'accueille n'est qu'un devoir rigoureux pour le magistrat.

L'absence de connexité entre les deux droits les rend tellement indépendants l'un de l'autre, que les diligences faites par le créancier de l'un ne sauraient même suspendre la prescription à l'égard de l'autre. Ainsi, il suffirait que la prescription non accomplie au moment de l'introduction de l'instance, le fût au moment où l'exception se produit, pour que cette exception dût être rejetée. C'est ce que la Cour de cassation a formellement décidé par arrêt du 30 mars 1808.

Ainsi, la nature de la demande reconventionnelle ou en compensation n'est nullement modifiée parce qu'au lieu d'être introduite par action principale, elle est opposée par exception à une instance pendante. Elle ne peut triompher dans ce cas que si elle eût dû être accueillie dans le premier. Donc, la prétention d'échapper à la prescription qui l'eût repoussée dans celui-ci, par application de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, n'est ni admissible ni fondée; elle tend à confondre deux choses essentiellement distinctes et à poursuivre abusivement un avantage que la raison et la loi repoussent également.

639. — En résumé, la perpétuité de l'exception est admise par notre législation. Mais ce caractère n'appartient qu'à celle qui est viscerale et connexe à l'action elle-même et dont le but est d'obtenir par le rejet de cette action le maintien et la conservation de l'état des choses qu'elle met en question. Réclamer un droit dont on s'est dépouillé en se ménageant la faculté de le faire par voie d'exception, opposer à une demande une prétention qui, sans la dé-

truire, doit en modifier ou en atténuer les effets, c'est former une demande principale plutôt qu'opposer une exception, dans quelque circonstance qu'on se trouve placé. Dès lors, la prescription qui a éteint le droit est un obstacle invincible à ce qu'il puisse être revendiqué. Décider le contraire par application de la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum*, ce serait méconnaître son véritable caractère et lui accorder une étendue dont elle n'est pas susceptible [1].

* [1] La règle *quæ temporalia* etc., ne peut jamais être invoquée par celui qui, ayant introduit une action quelconque, provoquerait, par voie de réplique, la nullité ou la rescision d'une convention qu'on lui opposerait comme fin de non-recevoir contre son action. *Voy.* Aubry et Rau, VIII, § 771, p. 425 et note 5; Troplong, II, 882 et suiv.; Larombière, IV, art., 1304, nos 34-38; Demolombe, XXIX, 138.

DE LA FRAUDE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

SOMMAIRE.

640. Nature de la fraude.
641. Ses caractères.
642. Diverses espèces de fraude.

640. — La fraude, plus subtile encore que le dol, n'en est que plus redoutable. Laissant moins de traces de son passage, parce qu'elle exige moins de calcul dans sa perpétration, elle n'en est que plus difficile à saisir, sans cependant que l'intérêt s'attachant à sa répression soit moindre aux yeux du législateur, aux yeux de la morale.

C'est donc servir celle-ci que de s'occuper des moyens pouvant amener cette répression. Sans doute il est impossible de suivre la fraude dans tous ses développements, de la signaler avec certitude dans tous les contrats qu'elle vicie. Mais en désigner les principaux caractères, dire quelles en sont les allures ordinaires, c'est

faciliter les recherches confiées aux tribunaux, préparer la solution que les litiges doivent recevoir, et concourir ainsi à rendre plus facile et plus sûre la mission que le juge a à remplir.

641. — Heureusement qu'en matière de fraude la conscience du magistrat a, dans les résultats du fait, un auxiliaire puissant. L'existence certaine d'un préjudice crée, indépendamment de toute fraude, le droit d'obtenir une réparation. La constatation de ce préjudice est donc un grand pas dans l'appréciation de l'intention imputée à son auteur.

Rappelons, en effet, que l'existence d'un préjudice est le caractère essentiel de la fraude. Que ce préjudice ait été préparé au moment du contrat, qu'il en ait été la cause déterminante ou bien qu'il ne soit que la conséquence d'une pensée que l'exécution du traité aura fait surgir, peu importe. La fraude peut exister sans avoir été préméditée; elle se réalise par cela seul qu'il y a préjudice : *Fraus non in consilio, sed in eventu.*

Admettre le contraire, c'était confondre le dol et la fraude, c'était s'exposer à rendre la répression de celle-ci impossible en présence même du préjudice le plus considérable. Rarement, en effet, trouvera-t-on la fraude dans l'origine des contrats; c'est dans l'exécution qu'elle se manifestera le plus habituellement; et le plus ordinairement aussi, c'est par le résultat lésionnaire qu'elle donnera à cette exécution qu'elle décèlera son existence. Conséquemment, la saisir dans ce résultat, pour lui en enlever le bénéfice, devient le contre-poids indispensable de la facilité qu'elle a à se produire.

642. — Nos anciens jurisconsultes avaient d'abord admis onze espèces de fraude. Bientôt une classification plus exacte les réduisit à trois, savoir : la fraude consommée par une partie au détriment et à l'insu de l'autre partie, c'était la fraude *de re ad rem*; celle concertée par les parties pour tromper les tiers étrangers à l'acte, on l'appelait *de persona ad personam;* enfin, la fraude *de contractu in contractum*, consistant à dissimuler, sous la forme de l'acte, le contrat réel que les parties avaient voulu faire[1].

Cette distinction embrasse aujourd'hui toute la matière. Sous l'empire de notre législation, en effet, la fraude est restée l'art perfide de braver les lois avec l'apparence de la soumission, de violer les traités en paraissant les exécuter, et de tromper, par l'extérieur des actes et des faits, sinon ceux qu'on dépouille, du moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance[2].

Il y a donc trois espèces de fraude, ayant chacune ses règles particulières, ses principes spéciaux, ses effets distincts. Cette distinction trace la division que nous avons à suivre. Mais avant d'examiner ce qui se rapporte à chaque espèce, nous devons exposer ce qui concerne la fraude en général et le mode adopté pour sa constatation.

[1] Danty, de la *Preuve test.*, p. 172, n° 30.
[2] Chardon, de la *Fraude*, t. II, p. 1.

CHAPITRE Ier.

DE LA PREUVE DE LA FRAUDE

SOMMAIRE.

643. Caractère que doit avoir la preuve.
644. Comment et par quels moyens on peut la fournir.

643. — L'existence certaine de la fraude dont on se plaint est la première et la plus indispensable condition de la réparation réclamée. C'est donc à celui qui poursuit cette réparation qu'incombe la charge de prouver l'existence de la fraude.

Cette preuve, pour être utile, doit tendre à établir d'abord un préjudice certain et incontestable ; en second lieu, que le fait dont il résulte est un fait illégal ou illégitime ; enfin, que ce fait émane de celui à qui on l'impute.

Qu'importe, en effet, qu'on ait révélé l'existence d'un fait même nuisible, si l'auteur de ce fait peut se retrancher dans le droit qu'il avait de l'exécuter. Ce que la loi considère comme une fraude punissable, n'a jamais été ni pu être l'exercice d'un droit, quelque dommageable qu'il

puisse être pour des tiers. C'est uniquement le préjudice résultant d'une pensée méchante que rien ne saurait justifier ou faire admettre, n'ayant d'autre but que de s'enrichir au détriment d'autrui.

Celui-là donc qui, sur le reproche d'un fait dommageable, pourra répondre *jure feci* ne saurait encourir aucune responsabilité, ni être tenu à aucune réparation. Mais l'exercice d'un droit ne serait pas une excuse suffisante pour l'abus en signalant l'exécution. Conséquemment, le magistrat a toujours, dans l'appréciation du droit, à rechercher si son exercice s'est ou non renfermé dans de justes limites.

644. — Par quels moyens la preuve de la fraude peut-elle être fournie ? En général, il en est de la fraude comme du dol, elle ne se présume pas. Cependant cette règle reçoit des exceptions, il est des cas où la fraude est tellement imminente, tellement prochaine, que la loi l'a admise de plein droit. Il en est d'autres où la fraude résulte invinciblement du fait lui-même. Dans toutes ces hypothèses, pas de difficultés possibles, la fraude est légalement prouvée.

Mais hors ces exceptions, la preuve doit être fournie par écrit dans certains cas, par témoins dans d'autres ainsi que nous allons le voir, après avoir établi ce qui concerne la présomption de fraude.

SECTION Ire.

DE LA FRAUDE PRÉSUMÉE

SOMMAIRE.

645. Caractère et motif de la présomption.
646. La renonciation à une succession non ouverte est présumée frauduleuse.
647. Quelle est la législation applicable au pacte sur succession future, antérieur au Code, lorsque la succession ne s'est ouverte que depuis sa promulgation ?
648. Le pacte est-il susceptible de ratification après l'ouverture de la succession ?
649. La renonciation pour un seul prix à deux successions, l'une ouverte et l'autre non échue, est nulle pour le tout.
650. Examen de deux arrêts invoqués à l'appui de la divisibilité.
651. La libéralité faite à un incapable est présumée frauduleuse.
652. Moyens employés pour se soustraire à cette présomption. Conséquences.
653. Motifs et fondement de la présomption.
654. Son caractère.
655. La société universelle entre personnes incapables de se donner ou de recevoir est présumée frauduleuse.
656. Débats que l'article 1840 du Code civil a soulevés dans la séance du Conseil d'État.
657. Caractère de cette disposition. Ses conséquences par rapport aux hypothèses prévues par l'art. 911.

658. Effets de la présomption de fraude.
659. La société universelle entre un père et son enfant est-elle nulle intégralement ou seulement réductible?
659 (*bis*). Société de commerce avec un successible.
660. La dette de jeu est présumée frauduleuse.
661. Difficultés que présente cette présomption dans son application aux paris sur la hausse ou la baisse des effets publics.
662. A quels caractères doit-on reconnaître le pari illicite?
663. Avantages de l'article 422 du Code pénal sur la législation précédente. Nature et origine de celle-ci.
664. Inconvénient du système actuel.
665. L'appréciation de la légalité des jeux de bourse est abandonnée à l'arbitrage souverain du juge.
666. Application des principes précédents au jeu sur marchandises.
667. Caractères spéciaux devant frapper l'attention du juge. Absence de sommation de prendre ou de livrer les objets vendus.
668. Antécédents, moralité des parties, importance des ventes.
669. Il n'y a réellement opération illicite que lorsque le jeu a été consenti par les deux parties. Conséquences.
670. La dette de jeu doit être annulée, sous quelques formes qu'elle ait été déguisée. Jurisprudence conforme.
671. Résumé.
672. Exceptions à la règle générale de l'article 1965 du Code civil.
673. Caractères de ces exceptions.
674. La faculté de rejeter la demande n'emporte pas celle de la réduire.
675. Différence entre la dette de jeu et la dette dolosive ou frauduleuse. Conséquences quant à la répétition de ce qui a été payé.
676. Nature du paiement dont parle l'article 1967 du Code civil.

677. Le tiers qui a payé la dette du perdant a-t-il contre celui-ci l'action en répétition ?
678. *Quid* si le tiers a été le mandataire de la partie dans l'opération illicite.
679. Il y a présomption de fraude pour les actes constituant le stellionat.
680. Nature de la présomption dans le cas de vente ou d'hypothèque de la chose d'autrui.
681. Dans le cas où l'on présente comme libres des immeubles grevés, ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles existant.
682. Le silence gardé dans l'acte sur l'existence ou la qualité des hypothèques ne constitue pas le stellionat.
683. Il n'en est pas de même pour les maris et les tuteurs ; pour eux, l'omission équivaut à la fausse déclaration.
684. Peut-on, dans ce cas, prendre en considération la bonne foi des uns ou des autres ?
685. En quoi consiste la bonne foi dans cette hypothèse ?
686. Il n'y a stellionat dans le cas de fausse déclaration que de la part de l'auteur de cette déclaration. Conséquence à l'égard de la femme qui s'est solidairement engagée.
687. Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il existe un préjudice possible.
688. L'acquéreur de la chose d'autrui peut faire condamner le vendeur stellionataire, avant même d'être troublé dans sa possession.
689. Peine du stellionat.
690. La vente entre époux est présumée frauduleuse. Motifs de cette disposition.
691. Inconvénients du système contraire. Différence entre le droit romain et le droit coutumier.
692. C'est ce dernier droit que le Code a consacré.
693. Exceptions à la règle générale.
694. Caractère de la première exception.
695. De la seconde, son étendue.
696. De la troisième.
697. Résumé.

698. Conditions pour pouvoir se placer dans l'exception.
699. La vente entre époux, au mépris de la loi, est nulle par rapport aux tiers.
700. *Quid* vis-à-vis des héritiers ?
701. Quel est le sort des acquisitions que la femme prétend avoir faits pendant la durée du mariage ?
702. Prohibition que l'article 1596 du Code civil fait à certaines personnes de se rendre adjudicataires. Ses motifs.
703. Cette prohibition est-elle applicable au subrogé-tuteur ?
704. L'article 711 du Code de procédure civile complète la catégorie des incapables créés par l'article 1596 du Code civil.
705. Par qui peut être invoquée la nullité de l'adjudication rapportée contrairement à ces deux dispositions.
706. Motifs de la prohibition pour les juges, etc., de se rendre cessionnaires de procès, droits ou actions litigieux ?
707. Que faut-il entendre par procès, droits ou actions litigieux ?
708. Qui est recevable à poursuivre la nullité de la cession ?
709. L'interposition de personnes dans les deux cas précédents obéirait-elle à la règle tracée par l'article 911 ?
710. Nature de la prohibition faite aux courtiers ou agents de change par les articles 85 et 86 du Code de commerce.
711. Peine encourue par la violation.
712. La loi ne prononce pas la nullité de l'opération illicite. Par quels motifs.
713. Mais on ne saurait, dans tous les cas, refuser de la prononcer sur la demande de l'autre partie. Distinction proposée.
714. La nullité opposable au courtier peut être opposée à la personne que celui-ci se serait frauduleusement substituée.
715. Le courtier qui, moyennant un *du-croire*, garantit la solvabilité de l'acheteur, contrevient-il à l'article 86 du Code de commerce ?
716. Par quel terme se prescrit le délit ou la contravention résultant de la violation des articles 85 et 86.

717. L'absence de publication des actes de société soumis à cette formalité constitue une fraude présumée.
718. Ses effets par rapport aux associés.
719. Par rapport aux créanciers sociaux.
720. Par rapport aux créanciers particuliers de chaque associé.
721. La loi sur les faillites offre de nombreux exemples de fraude présumée.
722. Nature de la présomption, suivant qu'il s'agit d'actes postérieurs ou antérieurs au jugement déclaratif.
723. Distinction pour ces derniers entre ceux qui ont précédé de plus de dix jours la cessation réelle de paiement et ceux qui ont été faits depuis ou dans les dix jours la précédant.
724. Effet pour les uns et les autres de la présomption de fraude.

645. — Le législateur, déterminé par des idées de morale et d'intérêt général, a dû proscrire certains actes, admettre certaines incapacités. Ces dispositions ne pouvaient être efficaces que par le soin qu'on mettrait à en surveiller la stricte exécution ; vouloir s'y soustraire soit directement, soit indirectement ; tenter de les éluder par l'apparence donnée au contrat, c'est se révolter contre la loi, et, conséquemment, c'est faire un acte insusceptible de créer aucun lien obligatoire.

Ce qu'on peut admettre, c'est qu'on se gardera bien de se constituer en état de rébellion aux ordres du législateur d'une manière flagrante et certaine. C'est toujours sous des dehors licites qu'on aura soin de dissimuler la violation de la loi. Mais le véritable caractère de l'acte constaté, la loi méconnue reprendra son empire et la convention illégale sera annulée par les tribunaux.

La fraude à la loi est indépendante de tout préjudice à

l'endroit des parties, il suffit qu'on ait voulu accomplir ce que la loi défend, pour que les auteurs mêmes de la fraude soient admis à en poursuivre la répression.

646. — L'article 791 du Code civil nous en offre un exemple, il défend de renoncer, même par contrat de mariage, à la succession d'un homme vivant, et d'aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. Or, sur la poursuite de la nullité d'un pacte contraire à cette disposition, il est bien évident qu'il ne peut s'agir de la question d'un préjudice quelconque. Tout ce qu'il y a à considérer, c'est la nature de l'acte; constitue-t-il le pacte sur succession future, il n'y a pas à hésiter, son annulation doit être prononcée, alors même que le demandeur devrait en recueillir un dommage certain. Rien ne saurait légitimer ce qui blesse ouvertement une prohibition légale.

647. — Les pactes sur succession future n'étaient pas considérés, par notre ancien droit, comme contraires aux mœurs. Ils furent donc autorisés jusqu'au moment où notre législation intermédiaire proclama la règle contraire, depuis consacrée par le Code civil. Cette différence de principes a soulevé une question qui ne manquait pas d'intérêt, à l'origine du Code, à savoir : quel doit être le sort du pacte valablement consenti, lorsque la succession qui en a fait l'objet ne s'est ouverte que depuis la promulgation du Code?

Après quelques hésitations, l'opinion que ce pacte devait être régi par la législation nouvelle a prévalu. Les motifs, sur lesquels cette solution se fonde, sont : que les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II, que celle du

28 pluviôse an v, et l'article 791 du Code civil ont virtuellement annulé toute renonciation n'ayant pas encore produit son effet; que, jusqu'à leur ouverture, les successions sont dans le domaine du législateur qui peut, à son gré, en modifier le sort [1].

648. — La renonciation à une succession future est-elle susceptible de ratification après l'ouverture de la succession? On a dit pour la négative qu'un acte vicié d'une nullité radicale, déclaré contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, n'a que l'apparence d'un contrat; qu'il n'existe pas; que, conséquemment, il n'est sujet ni à ratification ni à rescision [2].

Nous avons déjà distingué les nullités d'ordre public permanentes et éternelles, et celles dont les motifs purement temporaires s'effacent avec la cause qui les produisait. La renonciation à une succession future se place naturellement dans cette dernière catégorie; en effet, la succession venant à s'ouvrir, chaque appelé a le droit incontestable d'en récuser le bénéfice, de traiter de ses droits avec qui il lui plaît et de la manière qu'il juge convenable. A quel titre donc lui refuserait-on de ratifier la convention précédemment souscrite et qu'il tient à exécuter, puisqu'il n'en poursuit pas la nullité. Le motif d'ordre public ne saurait être invoqué depuis l'ouverture de la succession, le sort de l'acte est entièrement laissé à l'in-

[1] Bastia, 14 avril 1834; — Cass., 23 mai 1828.

* [2] Les traités sur une succession future, devant être considérés comme non avenus (art. 791, 1130 et 1600 C. civ.), il paraît difficile d'admettre que la prescription de dix ans soit applicable à des conventions de cette nature. *Voy.* Aubry et Rau, IV, § 339, p. 271; Laurent, XIX, 11 et 12.

térêt privé, seul apte à juger de ce qui est dans son utilité et dans ses convenances [1].

649. — Une difficulté plus sérieuse est celle de savoir si l'acte portant pour un prix unique renonciation à deux successions, l'une ouverte l'autre à échoir, est nul pour le tout ou seulement pour ce qui concerne celle-ci ?

La divisibilité de l'acte serait peut-être plus équitable, mais son indivisibilité est plus juridique. Il est incontestable que, dans sa détermination, le prix a subi l'influence des droits afférents au renonçant dans les deux successions. Mais dans quelles proportions? C'est ce que la justice est dans l'impossibilité de décider en l'état du silence gardé par les parties. De telle sorte qu'une ventilation quelconque serait de nature à s'écarter de la vérité réelle d'ailleurs, cette ventilation constituerait un nouveau contrat substitué à l'ancien. Or, si les tribunaux ont le droit d'interpréter les contrats, ils n'ont jamais celui d'en créer un nouveau. Conséquemment, le contrat étant indivisible dans le fait et dans l'intention des parties, la nullité l'atteindrait dans son ensemble.

650. — On cite, comme ayant admis la divisibilité, deux arrêts : l'un de la Cour de Cassation, du 17 janvier 1837; l'autre de la Cour de Lyon, du 19 mai 1840 [2]. Mais il est facile, en les consultant, de se convaincre qu'ils ne comportent pas la signification qu'on veut leur donner. Dans l'un et dans l'autre, en effet, le défenseur appliquait le prix total à la renonciation à la succession ouverte au

[1] V. *supra*, nº 577. — * *Voy.* cependant Laurent, XIX, 11.
[2] J. du P., t. I, 1837, p. 156, et t. II, 1841, p. 704.

moment du contrat, sans entendre exciper de celle à la succession lors à échoir. Il ne s'agissait donc plus de diviser le prix entre les deux successions. La question unique était celle de savoir si la restriction du contrat, dans des limites légales, ne laissait pas sans intérêt une nullité que le contrat, ainsi réduit, ne comportait plus.

Cela signifie-t-il que la Cour de Cassation, que celle de Lyon, maintenant l'acte dans de pareilles circonstances, l'eût également maintenu s'il se fût agi de diviser le prix, d'en affecter une partie à la succession échue et une partie à la succession à échoir? Evidemment, non. Car ce n'est qu'en considérant comme non écrit ce qui se rapportait à la succession à échoir qu'on a pu faire maintenir le contrat. Il semble dès lors que la décision eût été diamétralement contraire, si le maintien de l'acte, quant à ce, eût été réclamé.

Ainsi, l'indivisibilité de l'acte doit prévaloir, et son effet doit être la nullité entière, toutes les fois que le prix unique stipulé devra se répartir entre les deux successions. L'offre d'appliquer l'intégralité de ce prix à la succession lors échue pourra faire maintenir le contrat, le poursuivant n'éprouvant dès lors aucun dommage, puisqu'il retient tout ce qui, dans sa pensée, était l'équivalent de ses droits dans les deux successions, et, par le fait, il se trouve n'avoir traité que pour une.

651. — Il est des personnes incapables de recevoir une libéralité de la part de certaines autres. La loi n'ayant proclamé ces incapacités que dans une pensée de morale, que dans un but d'intérêt public, il importe que sa disposition reçoive une pleine et entière exécution.

652. — Or, on pourra vouloir se soustraire à cette exécution, et cette pensée amènera ou à une simulation dans le caractère de l'acte, ou à une simulation de parties.

La première existe lorsque la libéralité a été déguisée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux. Elle ne constitue qu'une fraude ordinaire que la loi ne pouvait ni ne devait présumer de plein droit. Les ayants droit pourront donc la dénoncer et en poursuivre la répression, mais ils auront la charge de la prouver [1]. Cette preuve sera plus facilement accueillie que dans les cas ordinaires, la qualité des parties et l'incapacité de l'une d'elles à l'endroit des libéralités donnant à la simulation une grande vraisemblance. Pour peu donc que d'autres présomptions viennent se réunir à celle-ci, la fraude sera considérée comme certaine.

La seconde existe lorsque la libéralité faite à l'incapable, l'a été par une interposition de personne. L'existence du fidéicommis peut, dans tous les cas, être alléguée et prouvée. Mais elle est présumée de plein droit lorsque l'appelé est le père ou la mère, l'enfant ou descendant, le conjoint de l'incapable [2].

*[1] Delvincourt (sur l'art. 911) décide cependant que tout contrat, à titre onéreux, passé entre personnes dont l'une est incapable de recevoir de l'autre à titre gratuit, doit, jusqu'à preuve contraire, être présumé renfermer en réalité une libéralité. Mais cette opinion, que repousse le texte de l'art. 911 et qui est contraire à la règle : *Onus probandi incumbit actori*, n'est point partagée par les autres auteurs. voy. Toullier, v, 77; Duranton, viii, 267; Troplong, ii, 279; Demolombe, xviii, 633.

*[2] En établissant contre ces personnes une présomption d'interposition, la loi n'a pas voulu proscrire la preuve de l'interposition relativement à d'autres personnes, qui seraient même étrangères à l'incapable. — *Voy.* Toullier, v. 902 et 903; Duranton, viii, 270; Troplong, ii, 719; Req. 20 juill. 1846, Sir. 47, i. 74; Civ. rej. 20 avril

653. — Le fondement de cette présomption est la facilité de la fraude qu'elle tend à prévenir et la nécessité d'une simulation de ce genre en supposant la pensée d'éluder la loi sur les incapacités. Nous l'avons dit bien souvent, lorsqu'on veut violer la loi, on ne le fait pas ouvertement et sans déguisement aucun. Il serait trop facile d'avoir raison de cette violation, si rien ne la cachait aux yeux investigateurs de l'intérêt privé. Il faut donc demander des chances de réussite à des moyens capables de faire illusion et de créer l'erreur. Or, après la simulation dans le caractère de l'acte, s'offre l'interposition des personnes, conduisant, sous une autre apparence, à des résultats identiques.

C'est cette imminence de la fraude qui l'a fait admettre de plein droit, lorsqu'à l'affection du donateur pour l'incapable se joint la parenté entre celui-ci et le bénéficiaire de la libéralité. Ce n'est pas le père, la mère, l'enfant, le conjoint de l'incapable qu'on a voulu gratifier, c'est l'incapable lui-même. Dès lors, comme on ne peut faire indirectement ce qu'il est prohibé de faire directement, la libéralité doit être annulée.

654. — Le principe de la présomption en indique le véritable caractère. Elle n'admet pas la preuve contraire, aux termes de l'article 1352 du Code civil [1]. Dès lors le

1847, Sir. 47, I. 437.—Cette preuve pourrait être faite à l'aide de simples présomptions. — *Voy.* Demolombe, XVIII, 634 et suiv., Req. 2 juillet. 1839, Sir. 39, I, 626; 13 janv. 1857, Sir. 57, I. 180; 3 mars 1857, Sir. 57, I. 182; 28 mars 1859, Sir 60, I, 346; Civ. rej. 3 juin 1861, Sir. 61, I, 615; Req. 6 août 1862, Sir. 62, I, 773; Req. 8 mars 1864, Sir. 64, I, 129.

* [1] Les présomptions légales d'interposition doivent être appliquées toutes les fois qu'il y avait possibilité pour l'incapable de profiter de la disposition faite en faveur de l'une des personnes que la loi répute

demandeur n'a qu'à établir l'incapacité d'une part, de l'autre, la qualité de parent de l'incapable au degré que nous venons de rappeler, pour que l'acte soit inévitablement condamné comme fidéicommis prohibé [1].

655. — L'article 1840 du Code civil nous fournit un nouvel exemple de fraude présumée. Nulle société universelle, dit cet article, ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. Toute société universelle, contractée au mépris de cette disposition, devrait donc être annulée. La loi la répute de plein droit frauduleuse, et la considère comme une libéralité déguisée en faveur de l'incapable.

656. — Cet esprit de l'article 1840 nous est nettement indiqué par les débats que sa disposition subit au Conseil d'Etat. Le projet du Code prohibait toute société de biens présents et n'admettait que celles de gains. Les premières étaient repoussées comme des donations déguisées qu'on ferait ainsi au mépris de la loi contre les incapables.

657. — Cependant, les sociétés universelles de biens, réclamées par quelques tribunaux, furent admises non, comme le dit M. Troplong, sans un sentiment de mé-

interposées, sans qu'il soit permis de prouver qu'il ne devait pas, en réalité, en profiter. *Voy.* Toullier, x, 52; Duranton, viii, 268; Troplong, ii, 708; Marcadé, sur l'art. 911; Demolombe, xviii, 671; Aubry et Rau, vii, § 650 *bis*, p. 52; Civ. cass. 13 juillet 1813.

[1] Toullier, t. x, p. 65, n° 52; — Cass. 13 juil. 1813 et 10 nov. 1834.

fiance extrêmement marqué. C'est ce sentiment qui inspira la disposition de l'article 1840.

Il suit de là que la société étant considérée comme une donation déguisée, les règles applicables à celles-ci s'appliquent également à celles-là. Dès lors l'association faite par personne interposée pourra être querellée de simulation et de fraude, et cette interposition sera légalement présumée dans les hypothèses prévues par l'article 911. Il suit encore que nulle preuve contraire ne saurait prévaloir contre la présomption admise par l'article 1840.

658. — La nullité de la société universelle, par application de cette disposition, remonterait nécessairement à l'origine de la société. Cependant cette société, ayant existé de fait, donnerait lieu, pour le passé, à un règlement entre les prétendus associés. Il est évident que si ce règlement se faisait conformément aux stipulations du pacte social, l'incapable retirerait de la libéralité déguisée tout le profit qu'on a voulu lui conférer. N'est-il pas, en effet, certain qu'une société contractée pour éluder la loi sur les incapacités, offrira pour celui-ci des avantages plus ou moins importants ? Il est facile de prévoir que sa mise sera inférieure à celle de son associé et que, cependant, on lui assigne un droit égal à la masse. Peut-être aura-t-on stipulé qu'il participera par moitié dans les bénéfices, et dans une proportion moindre pour les dettes ; peut-être même aura-t-on convenu d'un prélèvement en sa faveur pour les peines et soins qu'il promet de donner à la société. Nous avons raison de le dire, un règlement opéré sur ces bases donnerait à l'incapable l'avantage que la loi lui refuse.

Ces bases sont donc inadmissibles. Le règlement à faire consistera donc à déterminer l'apport de chaque partie; cette opération faite, les bénéfices ou les pertes seront répartis proportionnellement à l'apport, et l'indemnité pour peines et soins, s'il y a lieu, fixée par le juge *arbitrio boni viri*. Nous ajoutons que les termes du pacte, quant à l'apport de l'incapable, peuvent n'être qu'un mensonge, en ce sens que cet apport peut avoir été fourni directement ou indirectement par celui qui a voulu l'avantager. La loi ne présume rien à cet égard, mais elle laisse aux ayants droit la faculté d'exciper de cette fraude nouvelle, et, la preuve faite, le droit de faire annuler ce nouvel avantage prohibé.

659. — L'article 1840 a fait naître la question de savoir si la société universelle, contractée par le père avec un de ses enfants, est nulle à l'égard des autres enfants, ou si elle n'est seulement que réductible ?

La nullité absolue est soutenue par MM. Delvincourt et Duvergier. L'opinion contraire est enseignée par M. Troplong[1]. Nous sommes de l'avis de celui-ci. Ce qui nous paraît décisif, c'est qu'en résultat, quelques rigou-

* [1] Delvincourt (III, p. 220) et Duvergier (*Sociétés*, n° 119) infèrent des termes de l'art. 1840 que la loi a entendu prohiber les sociétés universelles entre toutes les personnes qui ne jouiraient pas, l'une à l'égard de l'autre, de la faculté illimitée de disposer à titre gratuit.

Une autre opinion décide que ces sociétés contractées par des personnes, qui meurent en laissant des héritiers à réserve, ne sont pas nulles; que seulement l'avantage qui peut en résulter pour leurs associés est réductible à la quotité disponible. Cette opinion nous paraît préférable — *Voy*. Locré, *Lég*. XIV, p. 497, n°s 11 et 12; Duranton, XVII, 381; Troplong, I, 305 et suiv.; Aubry et Rau, IV, § 379, p. 553; P. Pont, n°s 222-224. — *Contrà*, Laurent, XXVI, 242.

reux que soient les termes de l'article 1840, la nullité de la société n'est que la conséquence de l'incapacité de donner, de recevoir ou de s'avantager. Or, comme l'observe M. Troplong, l'existence d'héritiers à réserve ne crée pas une incapacité, elle pose seulement à la faculté de donner une restriction en deçà de laquelle le droit de donner et de recevoir est incontestable. Conséquemment le père pouvant directement aliéner et le fils recevoir jusqu'à concurrence de la quotité disponible, rien n'empêche d'arriver à ce résultat au moyen d'une association universelle, c'est-à-dire d'une manière indirecte. Les droits des héritiers à réserve ne seraient méconnus que si leur légitime était atteinte. C'est ce qu'on empêchera en réduisant les avantages conférés par l'association dans les limites de la quotité disponible[1].

660. — La dette provenant d'un jeu ou d'un pari est aux yeux de la loi une dette frauduleuse. Cette présomption a déterminé le législateur à refuser toute action tendant à en obtenir paiement.

Nous n'avons pas à déterminer ce qui constitue le jeu ou le pari, il y a peu de difficultés possibles à propos des jeux ou paris ordinaires, d'ailleurs les questions s'élevant à cet égard seraient facilement résolues.

661. — Il n'en est pas de même pour les paris sur la hausse ou la baisse des effets publics ou marchandises. Ces opérations ont atteint, au moment où nous parlons, des développements immenses, signalés à chaque instant

[1] Delvincourt, t, III, p. 223, notes; — Duvergier, *des Sociétés*, n° 119; — Troplong, sur l'art. 1840, nos 307 et suiv.

par des catastrophes portant dans les populations l'épouvante et la ruine, et menaçant, si on n'y prend garde, de tarir le commerce jusque dans ses sources.

Le remède à employer immédiatement, c'est l'application intelligente et sévère de l'article 1965. Si la justice parvient enfin à décourager les joueurs, en favorisant et consacrant la résistance du perdant à payer la différence, elle aura rendu à la société le service le plus éclatant et le plus utile.

Certes, la mission des tribunaux n'est pas toujours facile. Le jeu ne se présente jamais à eux dans toute sa nudité. C'est à travers les voiles épais derrière lesquels il se cache qu'il faut aller le saisir. D'autre part, il ne faut pas qu'un débiteur de mauvaise foi puisse se soustraire à des obligations légitimes, en alléguant le jeu. Mais l'existence de ce jeu prouvée, rien ne doit mitiger le sort que la loi impose à ses conséquences.

662. — A quels caractères reconnaîtra-t-on cette existence? Cette question, simple lorsqu'il s'agit d'un jeu ou d'un pari ordinaire, est plus délicate en matière d'effets publics ou de marchandises [1].

Pour les premiers, la loi pénale a indiqué des éléments qu'une poursuite civile peut invoquer avec succès. En effet, l'article 422 du Code pénal répute jeu de bourse toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention ou avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.

Remarquons bien que le législateur n'a pas proscrit les

* [1] La loi du 28 mars 1885 reconnaît légaux tous marchés à terme sur les effets publics et autres, et tous marchés à livrer sur denrées et marchandises. (Voy. cette loi.)

marchés à terme. C'eût été priver le commerce d'un de ses éléments essentiels. Ainsi, il suffira que le vendeur prouve qu'au moment de la livraison il était en position de livrer tout ce qu'il a promis, pour que le marché soit maintenu. Qu'importe, en effet, qu'au moment de la vente la marchandise ne fût pas à la disposition du vendeur, si, devant s'y trouver au terme convenu pour la livraison, celle-ci pourra se réaliser. Nous le répétons, la loi n'a voulu prohiber que les marchés fictifs, destinés d'avance à ne recevoir d'autre exécution que le paiement de la différence entre le prix convenu et celui que la chose vaut au moment désigné comme celui de la livraison. Tel est aux yeux de la loi, le marché dans lequel l'objet vendu n'était pas en la possession du vendeur au moment de la vente et ne devait pas s'y trouver à l'époque de la livraison.

663. — L'article 422 a donc évité le grave inconvénient qu'on reprochait avec raison à l'ancienne législation à savoir : de priver le commerce des ressources immenses qu'il puise dans les marchés à terme. L'arrêt du Conseil, publié le 24 septembre 1724, rendait en effet ces marchés impossibles par les conditions qu'il imposait à la vente d'effets publics, et notamment exigeant la livraison effective au moment du traité. Cet arrêt portait l'empreinte des circonstances qui l'avaient inspiré. Le fameux système de Law venait de s'écrouler semant après lui le discrédit, la ruine et la misère. On voulait donc proscrire l'agiotage pour empêcher le retour de ces calamités, mais ainsi que cela arrive presque toujours, le but était dépassé. La spéculation à la baisse était désormais impossible, mais la liberté des transactions avait, de son côté, subi une grave atteinte.

L'agiotage reprit bientôt ses franches allures, et des plaintes nombreuses se firent de nouveau entendre. Un

second arrêt du Conseil, du 7 août 1785, proscrivit une seconde fois les marchés à terme et sans livraison. Cependant on pouvait suppléer à cette livraison par le dépôt réel des effets, constaté par un acte dûment contrôlé au moment de l'engagement. Plus tard, et par une disposition du 2 octobre suivant, ce dépôt put être, à son tour, suppléé par celui fait entre les mains du notaire, des pièces probantes établissant la libre propriété des effets vendus. Enfin un dernier arrêt, du 22 septembre 1786, annule tous les marchés dans lesquels le délai de la livraison dépasserait deux mois.

Comme on le voit, cette législation ne se préoccupait que d'une seule chose, la propriété matérielle des effets, au moment où le traité prenait naissance. Sans doute, on acquérait ainsi une preuve certaine de la sincérité de la vente, mais n'était-ce pas borner le commerce dans ses opérations, l'entraver dans ses développements, que d'empêcher le vendeur de demander à ces développements mêmes le moyen de faire face au traité par lui souscrit?

Qu'un commerçant vende journellement ce qu'il n'a pas en sa possession actuelle, c'est ce qui est, nous ne dirons pas seulement dans les usages, mais encore dans les nécessités du commerce. Otez cet aliment essentiel de la spéculation, et sur-le-champ, vous blessez profondément une industrie dont les entreprises hasardeuses font la richesse de l'Etat. Donc, qu'un terme plus ou moins long soit stipulé, et que, l'échéance de ce terme se réalisant, la marchandise vendue se trouve à la disposition du vendeur, c'est tout ce qu'on peut raisonnablement exiger. Ce qui est rationnel pour la marchandise l'est au même titre pour les effets publics. Ceux-ci ne constituent en effet qu'une marchandise livrée à la spéculation.

L'article 422 du Code pénal a donc fait une plus exacte appréciation des besoins réels du commerce, il a plus sainement agi en ne pas exigeant qu'on possédât réellement, au moment de la vente, les effets qu'on s'engageait à livrer, et, en admettant, comme équivalent, la preuve que le vendeur serait, à l'échéance du terme, en mesure de remplir toutes ses obligations.

Aujourd'hui donc, il n'y a marché fictif qu'en tant qu'il est justifié que le vendeur a été au moment du traité et sera, lors de la livraison, hors d'état de remplir ses engagements. A cette double condition, la loi ne voit dans l'opération qu'un pari sur la hausse ou sur la baisse devant se résoudre par le paiement d'une différence, et dès lors incapable de créer ni obligation, ni action.

664. — Ce système, nous venons de le dire, est plus rationnel que celui de l'ancienne législation, mais il n'est pas, à son tour, exempt d'inconvénients. Il en est un surtout qui se recommande à toute l'attention de la justice. Le joueur, poursuivant l'exécution d'un marché fictif, est dans le cas d'exciper des marchés par lui contractés pour prétendre s'être mis en mesure de livrer à l'époque convenue. Or ces marchés, où il figure comme acquéreur, peuvent n'être eux-mêmes que des marchés fictifs, et il ne faudrait pas qu'il pût trouver ainsi, dans le jeu lui-même, la justification de celui sur lequel la justice est appelée à statuer.

Sur ce point, la loi n'a pu que s'en référer à la prudence des magistrats. Il suffit de signaler l'existence de ce danger pour que la sollicitude des tribunaux, mise en demeure, rende une prétention de ce genre l'objet des investigations les plus minutieuses, du contrôle le plus ac-

tif. Il n'est pas toujours difficile de distinguer l'opération fictive, de l'opération sérieuse. Le nombre et l'importance des traités, relativement à la position des parties de l'une d'elles seulement, leurs habitudes, leurs antécédents, sont de nature à fournir des renseignements précieux et à déterminer même quelquefois le véritable caractère du marché.

665. — Au reste, il en est des jeux de bourses comme de toutes les questions de fait et d'intention. Les magistrats sont des jurés et prononcent comme tels; il n'y a donc aucun élément pouvant forcer leur conviction. Cette conviction, ils la puisent partout sans qu'ils aient à en rendre compte, si ce n'est à leur propre conscience. Satisfaite que soit celle-ci, ils n'ont plus qu'à appliquer la loi. Les termes de l'article 1965 sont trop clairs et trop précis pour qu'il s'élève la moindre difficulté. En effet, depuis le fameux arrêt Perdonnet contre de Forbin Janson, la jurisprudence n'a pas un instant varié.

Ainsi un marché sur les effets publics ne doit pas être annulé par cela seul qu'il y a terme pour sa livraison. Il ne le serait pas non plus par la certitude acquise qu'au moment de la vente le vendeur n'avait pas en sa possession les effets qu'il promet, mais ce vendeur est, dans cette hypothèse, tenu de prouver qu'ils devaient se trouver entre ses mains à l'époque fixée pour la livraison. En l'absence de cette preuve, comme dans l'hypothèse de la preuve contraire, l'opération n'est plus qu'un marché fictif, tombant sous le coup de l'article 1965, et ne donnant conséquemment aucune action.

666. — Nous appliquons sans hésiter, à l'apprécia-

tion des marchés sur marchandises, les éléments que la loi adopte pour les effets publics. Sans doute l'article 422 du Code pénal est muet sur ce point. La cause de ce silence n'est pas difficile à pénétrer. En 1810, le jeu sur les marchandises n'avait pas encore appelé la sollicitude du législateur. Il était loin et bien loin des proportions qu'il a depuis acquis et qu'il était impossible de prévoir. Si les circonstances avaient été alors ce qu'elles sont aujourd'hui, nous n'en doutons pas, le projet présenté par le gouvernement eût été adopté, et le marché sur marchandises eût été dès lors inscrit au rang des délits, comme le marché sur les effets publics.

Ce qui doit à plus juste titre étonner, c'est qu'en 1832, lors de la révision du Code pénal, on n'ait pas songé à se précautionner contre le fléau que nous signalons. Mais tel qu'il se trouve, notre Code pénal renferme encore assez de lacunes, assez d'imperfections [1] pour qu'on ne trouve pas trop extraordinaire l'omission que nous signalons.

Quoi qu'il en soit, le marché sur marchandises, même dans les conditions de l'article 422, ne constituera pas un délit punissable. Mais la nullité civilement poursuivie est toujours indépendante de la question de délit, même pour les marchés sur effets publics qu'on peut annuler comme fictifs dans tous les cas. Or, pour l'appréciation

[1] Entre autres, nous signalerons celle-ci : l'art. 311 punit les coups et blessures volontaires d'un emprisonnement et d'une amende, ou de l'une de ces deux peines seulement. L'art. 319 punit les coups et blessures involontaires de la prison et de l'amende. Ainsi, le cumul des deux peines est forcé, lorsque les coups sont involontaires ; facultatif, lorsqu'ils sont volontaires. N'est-ce pas le contraire qu'il fallait consacrer ?

de cette nullité, les conditions de l'article 422 sont à consulter, en ce sens : que, s'il est prouvé que le vendeur de la marchandise n'avait pas et ne devait jamais avoir en sa possession celle qu'il a promis de livrer, le marché devrait forcément être considéré comme un véritable pari.

667. — Mais il est d'autres circonstances dans lesquelles le juge peut trouver le véritable caractère du marché. Ainsi on pourra facilement admettre qu'il n'y a qu'un pari sur la différence, lorsque les parties auront fait, du paiement de cette différence, la clause pénale de l'inexécution ; lorsque, l'époque de la livraison arrivée, il n'y a eu aucune sommation de réaliser ou de recevoir cette livraison. On sait combien le commerce exige de ponctualité dans les opérations sérieuses, un retard n'est jamais toléré par l'acheteur, et cela, parce que ce retard l'expose soit à ne recevoir qu'après une baisse, soit à manquer lui-même aux engagements pris envers des tiers.

D'autre part, le vendeur n'est pas moins intéressé à livrer au temps convenu. Il reçoit par là le paiement du prix ou son règlement en valeurs négociables. Il s'exonère ainsi de la responsabilité des détériorations ou perte de la marchandise, responsabilité qui le grève jusqu'à la livraison, ou tout au moins jusqu'à la mise en demeure de l'acheteur.

Donc, en présence de cet intérêt réciproque, l'absence de toute sommation est caractéristique, on peut y voir la preuve du défaut de sincérité de l'opération. Il en serait surtout ainsi, si le vendeur ou l'acheteur, poursuivant en justice, se bornait à demander le paiement de

la différence sans offrir d'effectuer ou d'accepter la livraison [1].

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède que l'existence de la sommation d'effectuer ou d'accepter la livraison dût faire nécessairement considérer le marché comme sérieux. S'il en était ainsi, cette sommation se rencontrerait dans toutes les circonstances, malgré qu'on fût réellement dans l'impossibilité soit de recevoir, soit de livrer. Les actes apparents peuvent sans doute être consultés, mais ils n'ont pas une influence décisive dans les questions intentionnelles, ce n'est donc pas par leur apparence seule que le magistrat doit se décider. Ce dont il a surtout à tenir compte, c'est de leur sincérité.

668. — Les antécédents, la moralité des parties, leur position commerciale, l'importance des ventes, eu égard à cette position, sont autant de circonstances pouvant éclairer la question de sincérité. Comment admettrait-on, par exemple, qu'un fabricant ait pu réellement s'engager à livrer, le plus souvent dans quelques mois, plus de marchandises qu'il ne pourrait en fabriquer pendant des années entières.

Tous ces faits sont de nature à fixer la conviction du juge, que la correspondance des parties peut aussi déterminer.

669. — Le jeu n'existe réellement que lorsque l'opération le constituant a été concertée entre les parties. Celui-là donc qui allègue le jeu doit non-seulement

[1] Lyon, 31 décembre 1832; — Bordeaux, 16 juillet 1840; — J. D. P., t. II, 1840, p. 363.

prouver qu'il n'a lui-même voulu faire qu'un pari sur la différence, mais encore que cette intention et cette volonté ont été également celles de son adversaire. Dans le cas contraire, sa prétention devrait être repoussée.

L'opération sérieuse, d'un côté, assure à la partie le droit de contraindre à l'exécution d'un marché qu'elle est en mesure d'exécuter en ce qui la concerne. Il importe peu que l'autre partie n'ait jamais eu l'intention de l'exécuter autrement qu'en soldant une différence, on ne saurait punir d'une fraude celui qui n'a donné aucun concours au fait d'où elle résulterait. Nous allons plus loin, agir autrement serait ouvrir la plus large issue à la mauvaise foi, dès que pour se soustraire aux conséquences d'une spéculation offrant une perte, il suffirait de venir devant la justice confesser impudemment sa propre turpitude, et s'accuser d'une fraude à laquelle on n'aurait pas songé si, au lieu d'une perte à subir, l'opération avait présenté un bénéfice.

670. — De quelque manière que se déguise la dette de jeu, la loi a voulu l'atteindre et l'effacer. On pouvait, dans cette matière, et en présence de l'article 1965, prévoir qu'on irait chercher dans la simulation le moyen de tromper et d'éluder la prohibition que cet article contient. Mais les tribunaux ne se sont pas laissés détourner du but, et partout où ils ont rencontré le jeu, ils ont su le réprimer, quelque enveloppe qu'eussent revêtue ses conséquences.

Ainsi il a été jugé :

1° Qu'un billet à ordre, quelle que soit la valeur dont

il porte l'énonciation, doit être annulé, s'il a été souscrit par le perdant après une partie de jeu [1];

2° Que l'acte de vente qui a pour cause une dette de jeu est nul, encore bien que l'acte remonte à une époque antérieure au Code civil [2];

3° Qu'on peut être admis à prouver par témoins qu'une obligation consentie, même par acte authentique, a pour cause réelle une dette de jeu [3];

4° Que les billets souscrits pour dette de jeu sont nuls, encore bien qu'ils aient été causés valeur reçue comptant [4].

Cette jurisprudence a obtenu l'assentiment de la doctrine. Les principes qu'elle consacre sont enseignés par Merlin, Toullier, Troplong, Rolland de Villargues, Chardon.

671. — En résumé, le jeu est proscrit par la loi d'une manière absolue, en ce sens qu'elle n'accorde aucune action pour contraindre à l'exécution de ses résultats, quelle que soit d'ailleurs la matière sur laquelle il s'est exercé. Pour la vente d'effets publics, le jeu est légalement présumé dans les cas prévus par l'article 422, et ce jeu constitue alors un délit. Mais l'existence de ce délit est indépendante de l'action civile. Celle-ci, ayant pour objet la nullité du traité, peut toujours être accueillie, alors même que tout délit aurait disparu par la réunion des caractères exigés par la loi; quant aux marchés sur marchandises, la loi ne le présume jamais, mais, par

[1] Grenoble, 8 octobre 1823.

[2] Paris, 27 novembre 1811.

[3] Limoges, 2 juin 1819; — Lyon, 21 décembre 1822.

[4] Cass., 29 décembre 1814; — Angers, 13 août 1831.

une parité de raison incontestable, l'absence des conditions de l'article 422 du Code pénal le ferait admettre. Dans tous les cas, c'est à la prudence des juges à se déterminer par les faits et circonstances sur le caractère du contrat. L'existence du jeu admise, la dette, qui en est la conséquence, n'est pas légalement due, elle doit donc être annulée quelle que soit la forme qu'on lui ait donnée.

672. — La règle générale de l'article 1965 ne comporte d'autres exceptions que celles exprimées par l'article 1966. Il est des jeux que la loi n'a pas entendu prohiber, parce qu'ils sont utiles, tels sont ceux qui contribuent non-seulement à exercer et à former l'homme, mais encore à procurer un délassement agréable à ses fatigues et à ses travaux. La loi place dans cette catégorie notamment les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied et à cheval, les courses de chariots, le jeu de paume, en un mot, tous les jeux tenant à l'adresse et à l'exercice du corps.

673. — La véritable pensée du législateur, à l'endroit de ces exceptions, nous est nettement dévoilée par la dernière disposition de l'article 1966. La loi entend que le jeu, même licite, soit un délassement et non un métier. Aussi, tout en permettant de l'intéresser, elle veut le maintenir dans des limites étroites. De là, la faculté laissée aux tribunaux de rejeter la demande si elle paraît excessive.

674. — Il importe de remarquer que l'article qui permet le rejet ne laisse pas l'alternative entre ce rejet

et la réduction. Il faut en conclure que cette réduction est dans tous les cas impossible. Cette conclusion se justifie par un double motif. Le jeu, sortant des limites modérées voulues par la loi, devient un jeu prohibé, comme tel il ne saurait produire un effet quelconque; de plus, réduire l'enjeu convenu, c'est modifier la convention des parties, en changer les bases, faire en un mot un nouveau traité. Or, s'il est permis au juge d'interpréter un contrat valable, il ne lui est jamais loisible de suppléer au contrat nul par des dispositions valables.

675. — La fraude entachant le jeu a un caractère spécial que l'article 1967 consacre. En général, il en est de la dette frauduleuse comme de la dette dolosive. Non-seulement le débiteur n'est pas tenu de la payer, mais il peut encore la redemander après l'avoir payée et s'en faire rembourser. Cette règle reçoit exception en matière de jeu. La loi proscrit toute répétition. Est-ce par respect pour ce préjugé que la dette de jeu est une dette d'honneur? Est-ce parce que le jeu ne saurait dans aucun cas créer une action en justice? C'est ce qu'il n'est pas facile de décider. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que celui qui a payé est censé avoir soldé une obligation naturelle excluant toute possibilité de recours.

676. — Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le paiement ait été effectif, réel, définitif; qu'il émane d'une volonté spontanée et libre. Nous venons de voir que le paiement par le règlement en valeurs ne serait pas celui que la loi exige, puisque l'acte, soit authentique, soit sous-seing privé, renfermant ce règlement, devrait être annulé. Il n'y aurait donc pas paiement par la souscription d'une valeur

quelconque; il y aurait, tout au plus, reconnaissance de la dette ou ratification, et la loi proscrit également l'une et l'autre.

Il n'y aurait pas non plus paiement légal, si le paiement réellement fait est la conséquence de la supercherie, du dol ou de l'escroquerie. L'exécution d'une obligation naturelle, précisément parce qu'elle n'est pas ordonnée par la loi, ne peut être que le fruit d'une volonté intelligente et libre. Si cette volonté a été pervertie par des manœuvres, elle n'existe pas, et conséquemment il n'y a pas eu exécution. On ne donne pas volontairement ce qu'on n'aurait pas donné sans la ruse et le mensonge auxquels on a cédé. Les conditions exigées par la raison et par la loi ne se rencontrant point, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant l'emploi du dol, de la supercherie, de l'escroquerie.

677. — Ces notions indiquent nettement ce qu'il faut considérer comme un paiement dans le sens de la loi. Aussi est-il permis de croire qu'aucune difficulté sérieuse n'arrêtera le juge, lorsqu'il aura à statuer entre le perdant et le gagnant. Mais il n'en est pas de même lorsque ce dernier ayant été désintéressé par un tiers, ce tiers actionne le perdant en remboursement de ses avances.

Cette action tombe-t-elle sous le coup de l'article 1965? Ici se présente une alternative offrant à ces deux termes un inconvénient grave; d'abord, d'une part, celui de laisser la perte à la charge d'un tiers étranger au jeu et ne méritant aucun reproche; d'autre part, celui de laisser l'article 1965 sans exécution. S'il suffit, en effet, pour l'éluder d'introduire un tiers dans l'exécution du traité, on ne manquera pas de le faire dans chaque espèce.

Il faut donc se soustraire à ce double écueil et, pour cela, ne pas s'écarter du système que la doctrine enseigne et que plusieurs monuments de jurisprudence ont déjà consacré. Les droits du tiers doivent être subordonnés à la preuve de sa bonne foi. Or, on juge de celle-ci par le plus ou moins de connaissance qu'il a eu de la nature de l'opération qu'il a soldée.

S'il a ignoré qu'il s'agissait d'une dette de jeu, le paiement qu'il en a fait, sur l'ordre formel du perdant, le constitue créancier légitime de celui-ci jusqu'à concurrence des sommes qu'il a déboursées. C'est une avance ordinaire entre commerçants, dont la destination ne saurait, en ce qui le concerne, changer le caractère, dont on ne saurait, conséquemment, lui refuser la restitution.

S'il a connu la véritable origine de la dette et qu'il ne l'ait payée que sur un ordre exprès, l'action en remboursement ne saurait lui être refusée. Une dette de jeu peut être l'objet d'un paiement valable. Or, ce que le perdant peut faire lui-même, il peut le faire par mandataire. Donc, celui-ci ne fait, en prêtant son ministère, que coopérer à un acte autorisé par la loi, c'est le fait d'un ami prêtant à son ami de quoi satisfaire aux conséquences d'un jeu dont il a pu connaître l'existence, mais auquel il reste étranger. On ne saurait, dès lors, lui refuser l'action en répétition. C'est ce qui avait été admis par l'ancienne jurisprudence, c'est ce que la nouvelle consacre.

Mais si le tiers, connaissant le jeu, a spontanément payé la dette avant et sans en avoir reçu l'ordre du perdant, celui-ci sera fondé à lui en refuser le remboursement. Dans cette hypothèse, le tiers ne sera plus que le gagnant lui-même, auquel il lui a plu de se subroger,

et, comme tel, il sera passible de toutes les exceptions opposables à celui-ci, notamment celle résultant de l'article 1965. Sans doute le perdant pouvait payer, mais il avait aussi la faculté de ne pas le faire, et cette faculté n'a pu lui être enlevée avant et sans qu'il eût manifesté l'intention formelle d'y renoncer.

678. — A plus forte raison devra-t-on éconduire l'action en remboursement du tiers, si, mandataire du perdant, il l'avait représenté dans le jeu et exécuté le pari pour son compte. Le mandat doit, pour engendrer une action contre le mandant, reposer sur une cause licite ; or, c'est ce qui ne se réalise pas dans le mandat de jouer. Vainement le mandataire exciperait-il de sa qualité, des ordres qu'il a reçus, de la faculté de payer qui lui a été expressément conférée. Conséquence naturelle du jeu lui-même, cette faculté participerait du vice entachant le mandat primitif et son exécution ne créerait aucun droit. C'est ce que la Cour de Cassation décida dans l'affaire de Forbin-Janson ; c'est ce qu'elle vient de décider expressément encore dans une espèce dans laquelle la Cour d'Aix avait admis l'action en remboursement du mandataire.

Un sieur Coste, commissionnaire à Marseille, avait reçu du sieur Creps, de Pertuis, l'ordre de faire diverses spéculations sur les eaux-de-vie. La dernière opération d'achat et de revente solda par une différence de 57,000 fr., que Coste prétendit avoir réglée sur l'ordre exprès qu'il en avait reçu et dont il poursuivit judiciairement le remboursement.

Devant le tribunal de commerce de Marseille, l'exception invoquée par Creps, et fondée sur l'article 1965 du Code civil, fut repoussée ; mais sur l'appel, la Cour ad-

mit que les opérations faites par Coste pour le compte de Creps n'étaient qu'un jeu dont l'existence ne pouvait être ignorée, surtout par Coste, qui l'avait seul exécuté. Mais séduite par l'habile défense de notre honorable confrère Me Perrin, la Cour ordonna que Creps rembourserait les 57,000 fr. Les motifs de cette solution étaient que le paiement d'une dette de jeu valable quand il était directement opéré, pouvait valablement se faire par un mandataire; que, dans l'espèce, ce paiement ayant été exécuté sur l'ordre exprès de Creps, celui-ci n'était pas plus fondé à contester le remboursement, qu'il ne le serait à répéter ce qu'il aurait payé lui-même.

Cet arrêt, ayant été déféré à la Cour suprême, a été cassé, le 26 février 1845, sur les motifs suivants :

« Attendu que la loi n'accorde aucune action pour le paiement d'un pari ; que tous les jeux ou paris sur la hausse ou sur la baisse des marchandises dont les prix sont cotés à la Bourse, sont compris dans cette prohibition; que cette prohibition a pour objet de tracer une ligne de démarcation salutaire entre la loyale négociation des fruits du travail et de l'industrie, les spéculations sérieuses du commerce et des marchés fictifs, ces transactions immorales et ruineuses où sont seulement engagées les sommes représentant la différence de valeurs ou de capitaux imaginaires;

« Attendu que si l'action que la loi refuse au joueur qui gagne contre le joueur qui perd pouvait être exercée contre le joueur qui a perdu par le mandataire qui lui a servi d'intermédiaire dans le jeu ou dans le pari que le législateur a voulu décourager; que si le mandataire était admis à se faire rembourser par le perdant, en cas de chance défavorable, le montant de ses pertes, sous le pré-

texte de paiements qu'il prétendrait avoir effectués à la décharge et en l'acquit de son commettant, la prohibition de la loi serait éludée ou pourrait toujours l'être;

« Attendu que, pour apprécier justement les droits d'un mandataire il ne faut perdre de vue ni la nature du mandat, ni la nature de la transaction pour laquelle le mandat est intervenu;

« Attendu que, dans l'espèce, il est constaté, par l'arrêt attaqué, que le défendeur était l'agent du demandeur, dans les opérations auxquelles celui-ci se livrait alternativement sur la hausse et la baisse des marchandises dites 3/6, et qu'il était personnellement intéressé au jeu dont il se refuse à supporter les pertes; d'où il suit que le mandat avait pour but une transaction désavouée par la loi; qu'en l'acceptant, le défendeur s'était associé, à ses risque, péril et fortune, aux chances du pari; *que le mandat spécial, en vertu duquel le paiement aurait eu lieu, est entaché du même vice que le précédent, dont il n'était que la conséquence*; qu'il est, dès lors, non recevable à répéter les sommes par lui payées;

« Attendu que c'est vainement que le défendeur invoque les dispositions de l'article 1967 du Code civil, qui refuse au perdant l'action en répétition de ce qu'il a volontairement payé, puisqu'il s'agit dans l'espèce non d'une action de ce genre, mais, au contraire, d'une action dirigée contre le perdant qui n'a point payé et pour le contraindre à payer [1]. »

On le voit, la Cour de Cassation pose nettement le principe de la responsabilité de l'intermédiaire ayant présidé au jeu. C'est avec raison que la Cour fait observer que le

[1] D. P. 45, 1. 101.

principe contraire annulerait la prohibition de l'article 1965. On comprend, en effet, que si le concours d'un tiers pouvait donner l'action que cet article refuse au joueur, ce concours se réaliserait dans toutes les espèces et deviendrait bientôt une des conditions de tous les traités de ce genre.

Ajoutons que dans bien des cas le pari ne se serait pas réalisé sans la complaisance coupable du mandataire intéressé qui a prêté son nom. Il est donc juste d'admettre qu'en se livrant au jeu pour le compte du mandant, qu'en se chargeant des opérations constituant la spéculation illicite, il fait plus que partager la culpabilité des deux joueurs, qu'il l'assume tout entière sur sa tête; qu'il doit dès lors en supporter seul les conséquences. Puisse cette doctrine effrayer les tiers et enlever au jeu cet élément qu'il puise dans leur concours, et qui en favorise tant les déplorables développements.

Concluons donc que la doctrine de la Cour de Cassation est non seulement juridique, mais qu'elle est encore hautement avouée par la morale. Son exacte application laissant à la charge du tiers les conséquences du jeu qu'il a favorisé et auquel peut-être il a même excité, ne fait qu'appliquer une peine justement encourue. Celui qui voudra s'en exonérer n'aura qu'à refuser son ministère, et le martyrologe de la bourse comptera, nous en sommes certains, quelques noms de moins[1].

679. — L'article 2059 du Code civil offre plusieurs exemples de fraudes présumées, entraînant ou pouvant entraîner non seulement la nullité de l'acte, mais encore

[1] Conforme, Troplong, sur l'art. 1965.

la contrainte par corps pour le payement des restitutions et des dommages-intérêts adjugés[1]. Nous voulons parler des actes caractérisant le stellionat.

680. — Or, il y a stellionat : 1° lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque la chose d'autrui. Ce stellionat ne réside pas autant dans le fait lui-même que dans l'intention de son auteur. On peut, en effet, errer sur la nature de son droit; on peut, de bonne foi, croire à une propriété qui n'existe pas. La preuve des circonstances pouvant justifier l'erreur alléguée serait de nature à affranchir le défendeur, non pas certes de la nullité de l'acte, mais de la peine de la contrainte par corps[2].

Cela s'induit naturellement des termes de la loi qui fait résider le stellionat dans la connaissance chez le vendeur ou l'emprunteur que la chose vendue ou hypothéquée ne leur appartient pas, *dont on sait n'être pas propriétaire*. Celui-là donc qui ne sait pas, ou qui a juste motif de ne pas savoir qu'il n'est pas propriétaire, ne commet pas un stellionat même en vendant ou hypothéquant la chose d'autrui.

La présomption légale de fraude attachée au stellionat ne permet pas toujours d'admettre la preuve contraire. Dans l'hypothèse que nous examinons, la bonne foi peut être discutée dans le sens que nous venons d'indiquer, et pour faire disparaître le stellionat; mais la question de savoir si le défendeur a su ou non que la chose hypothéquée ou vendue ne lui appartenait pas, résolue dans le

[1] *Voy.* la loi du 22 juillet 1867, qui supprime la contrainte par corps en matière civile et commerciale.

[2] *Voy.* la note précédente.

premier sens, les juges ne peuvent plus se dispenser de prononcer la contrainte par corps [1] et décider qu'il n'y a pas eu fraude chez le vendeur ou l'emprunteur [2].

681. — 2° Lorqu'on présente comme libres des biens hypothéqués ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles dont les biens sont grevés. Remarquons que dans ces hypothèses la loi n'exige plus qu'on ait agi sciemment [3]. Le fait ici emporte avec lui-même la preuve de ce caractère. On peut, en effet, errer sur l'origine, sur la nature d'un droit, mais on ne peut jamais ignorer les hypothèques qu'on a consenties.

Il semblerait, dès lors, que la question de bonne foi ne saurait être ni proposée, ni admise, cependant le contraire a été consacré quelquefois.

Ainsi la Cour de Toulouse a jugé, le dix janvier 1829, que bien que dans une vente un individu ait déclaré libre un immeuble qui se trouvait grevé d'une hypothèque, il peut être, en raison de sa bonne foi, affranchi des peines portées contre les stellionataires, et notamment de la contrainte par corps, s'il a fourni à l'acquéreur tous les

* [1] *Voy.* la note sous le n° 679.

* [2] Il y a stellionat, lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque, en totalité, un immeuble dont on sait n'être propriétaire que pour partie, ou lorsqu'on vend la pleine propriété d'un immeuble dont on sait n'avoir que l'usufruit — Duranton, XVIII, 448; Req. 16 janv. 1810.

* [3] Il y a stellionat lorsqu'en hypothèquant ou en vendant un immeuble grevé d'hypothèques, on l'indique comme libre quoi qu'on sache le contraire. « Le stellionat est un dol, disent MM. Aubry et Rau, et la bonne foi est exclusive de toute espèce de dol.» (VIII, § 780 note 11, p. 478). *Voy.* aussi Maleville et Delvincourt, sur l'art. 2059; Duranton, XV, 442; Troplong, n° 63; Civ. rej. 21 fév. 1827.

moyens de connaître l'existence de l'hypothèque, et s'il résulte des circonstances que celui-ci ne l'a pas ignorée [1].

Nous ne pouvons admettre une doctrine de cette nature, en ce qu'elle paraîtrait mettre en question la fraude légalement présumée par la loi. Aux termes de l'article 1352, la présomption légale exclut la preuve contraire. En conséquence, si la Cour de Toulouse avait admis, non seulement cette preuve contraire, mais encore l'inexistence de la fraude, elle eût violé cet article 1352 et méconnu le caractère de l'article 2059.

Mais, en se référant à l'arrêt, il est facile de se convaincre que la Cour n'a fait réellement ni l'un, ni l'autre, et que si elle n'a pas appliqué la peine du stellionat, c'est que les circonstances ne lui ont pas paru constituer un stellionat quelconque. Ainsi elle constate d'abord que la clause dont on voulait faire ressortir le stellionat devait être considérée plutôt comme une clause de style que comme une déclaration formelle d'absence de toute hypothèque; elle relève ensuite cette circonstance que le titre constitutif de l'hypothèque avait été remis à l'acquéreur, et que celui-ci pouvait d'autant moins ignorer l'existence de la dette qu'il aurait été, avant la vente, chargé, en sa qualité de notaire, de solder au créancier les intérêts de ce qui lui était dû.

En réalité donc, l'arrêt est loin de dénier au stellionat ses conséquences légales, et surtout de l'excuser, mais usant du pouvoir d'interpréter que lui confère la loi, la Cour arrive à conclure qu'il n'y a pas stellionat. L'arrêt est donc un arrêt d'espèce et non un arrêt de doctrine dont on puisse inférer une contradiction avec l'article

[1] D. P., 29, 3, 144.

2059 du Code civil. Il ne faut pas sans doute tromper l'acquéreur ou le préteur, mais il ne faut pas non plus que la liberté du vendeur ou de l'acquéreur soit compromise, parce qu'il a plu au notaire d'obéir à un protocole qui lui est habituel, sans que le prétendu auteur de la déclaration ait pu apprécier l'importance et les suites de ce qu'on lui fait ainsi dire. Il ne faut pas surtout que la mauvaise foi de l'acquéreur, ayant été à même de tout savoir, puisse trouver dans la loi le moyen d'abuser d'une erreur n'ayant jamais existé.

682. — L'article 2059 exige, pour qu'il y ait stellionat, que le vendeur ou l'emprunteur ait déclaré les biens libres ou des hypothèques moindres que celles dont l'immeuble est grevé. De là, il résulte que si l'acte ne renferme aucune déclaration, il ne saurait exister de stellionat. Vainement exciperait-on, après l'acte, de l'existence de nombreuses hypothèques. Le vendeur ou l'emprunteur a pu les taire sans encourir aucune responsabilité. La loi, en effet, ne lui a pas ordonné de les faire connaître, tout ce qu'elle exige de lui c'est de se conformer à l'exacte vérité dans le cas où il serait appelé à faire, dans l'acte, une déclaration à cet égard [1].

683. — Il n'en est pas de même pour les maris et les tuteurs. L'article 2136 du Code civil veut qu'ils soient traités comme stellionataires lorsque, ayant manqué de requérir l'inscription de l'hypothèque légale afférente aux mineurs ou à la femme, ils ont consenti ou laissé pren-

* [1] Voy. en ce sens Duranton, XVIII, 443, 444; Troplong, nº 68; P. Pont, nº 771; Civ. rej. 25 juin 1817.

dre des privilèges ou hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que ces immeubles étaient affectés à ces hypothèques légales.

Ici l'obligation de déclarer existe. Elle est absolue et ne peut comporter aucun équipollent. Cette doctrine, enseignée par MM. Persil, Dalloz, Troplong, a été, à diverses reprises, consacrée par la jurisprudence [1]. L'omission est donc assimilée à la fausse déclaration et en entraîne toutes les conséquences [2].

684. — Les mêmes auteurs, M. Troplong notamment, enseignent que la question de bonne foi doit cependant être examinée, et peut être prise en considération. Mais, et c'est là l'observation de M. Troplong, il n'y aura bonne foi que lorsque le mari a pu croire l'immeuble libre, et cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Telle est l'espèce jugée, le 21 février 1827, par la Cour de Cassation. Cet arrêt décide : que bien que le vendeur d'un immeuble grevé d'hypothèque légale ait déclaré que cet immeuble était franc et quitte, il peut être affranchi des peines du stellionat, s'il résulte des circonstances qui ont accompagné la vente qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration, comme si, par exemple, la femme mineure

[1] V. Limoges, 18 avril 1828; — D. P., 29, 2, 93.

* [2] Toutefois, le tiers qui a contracté avec le mari ou le tuteur, avec une parfaite connaissance de l'hypothèque légale dont leurs immeubles étaient grevés, n'est point recevable, pour invoquer la disposition de l'article 2136, à se prévaloir contre eux du défaut de déclaration expresse de cette hypothèque. — Req. 26 juin 1844, Sir. 45, I. 77. — Cette opinion est professée par MM. Aubry et Rau (III, § 269, p. 315) — *Contrà*, Duranton, XX, 45; Troplong, II, 633; P. Pont, n° 854.

du vendeur du chef de laquelle provenait l'hypothèque, lors de la vente, a renoncé à son hypothèque, renonciation déclarée nulle, à cause de son état de minorité, lequel d'ailleurs a dû être connu de l'acquéreur [1].

De son côté, la Cour de Bordeaux a jugé, le 9 juillet 1830, qu'un mari qui vend un fonds comme libre d'hypothèque, peut, soit à raison de sa qualité de villageois, soit en raison de ce que sa femme était présente à l'acte, être, malgré le principe que nul n'est censé ignorer la loi, déclaré n'avoir point su que le fonds vendu était grevé de l'hypothèque légale de sa femme, et, par suite, être affranchi des peines du stellionat [2].

685. — Ainsi, la seule excuse constituant en cette matière la bonne foi du mari, est l'ignorance de l'existence de l'hypothèque légale de la femme ou la fausse croyance qu'elle a cessé d'exister. Il importe de retenir cette observation, car elle peut seule expliquer la contradiction qu'on pourrait reprocher à la jurisprudence. En effet, la Cour de Cassation a jugé le 20 novembre 1826, après un délibéré en la chambre du Conseil, que par cela seul que le mari vendant l'immeuble grevé de l'hypothèque légale non inscrite de la femme le déclare franc de toute hypothèque, il doit être réputé stellionataire, et, comme tel, contraignable par corps, sans qu'il puisse être affranchi de cette contrainte sous le prétexte qu'il a été de bonne foi dans sa déclaration [3]. Il est vrai que, dans cette espèce, la Cour de Toulouse, dont l'arrêt est cassé, avait invoqué la possibilité en fait que le vendeur eût ignoré la dot

[1] D. P., 27, 1, 145.
[2] D. P., 30, 2, 272.
[3] D. P., 27, 1, 58.

ayant été reçue par son père, que sa femme eût hypothèque sur ses propres biens. Mais, indépendamment de ce que l'arrêt ne constatait pas en fait cette ignorance, il invoquait d'autres circonstances et notamment la connaissance que l'acheteur avait de la qualité d'homme marié du vendeur, et faisait résulter de là la bonne foi de celui-ci.

Il y a donc, entre cet arrêt et ceux précédemment cités, cette nuance que les premiers constatent l'ignorance ou la fausse croyance dont nous parlions, tandis que le dernier admet la bonne foi ordinaire puisée dans d'autres éléments. Il n'y a donc pas entre eux l'antinomie qu'on pourrait être tenté de leur reprocher. Tout s'explique par cette observation déjà faite, que la seule bonne foi excluant le stellionat est constituée par l'erreur sur l'existence ou la continuation du droit. Erreur qu'il ne suffit pas d'alléguer, mais qui doit être admise par le juge.

686. — Ainsi, pour tout le monde, il y a stellionat dès qu'on a présenté comme libres des biens qui ne l'étaient pas ou qu'on a dissimulé l'existence de quelques-unes des hypothèques dont ils sont grevés. Il existe de plus pour les tuteurs et les maris par l'omission de la déclaration de l'hypothèque légale. Mais le stellionat, dans le premier cas, n'est punissable que lorsque le mensonge ou l'inexactitude est le fait personnel et direct de celui à qui on le reproche. Nul ne peut indirectement engager sa liberté, quel que soit d'ailleurs le concours donné à l'acte.

Dès lors, la caution ne saurait être tenue des conséquences du stellionat commis par le débiteur principal.

Par suite de ce principe, la femme commune qui s'est engagée solidairement avec son mari, n'étant censée qu'une caution, ne peut être garante du stellionat que

l'acte renferme, c'est au reste ce que décide formellement l'article 2066 du Code civil.

687. — Le stellionat n'est punissable qu'autant qu'il occasionne un préjudice: Ainsi, si les hypothèques non déclarées ont été plus tard éteintes ou radiées, rien ne s'opposant à ce que les promesses de l'acte soient fidèlement remplies, la poursuite en stellionat serait sans utilité et conséquemment irrécevable. Mais il en serait autrement dans les cas où la radiation des hypothèques non déclarées serait faite après l'ouverture de l'action en stellionat ou après la vente de l'immeuble hypothéqué, et lorsque le créancier aurait perdu le droit d'enchérir ou de surenchérir. Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, l'action en stellionat suivrait son cours et produirait tous ses effets [1].

688. — L'aliénation de la chose d'autrui étant radicalement nulle, l'acquéreur peut, même avant d'être troublé, poursuivre le vendeur et le faire condamner comme stellionataire. La demande, à cet effet, ne saurait être arrêtée par la ratification du véritable propriétaire qu'autant que l'acquéreur voudrait l'accepter. Dans le cas contraire, l'existence certaine du stellionat l'autoriserait à faire annuler la vente et ordonner la restitution de ce qu'il a payé par la voie de la contrainte par corps [2].

[1] Cass., 13 avril 1836; — D. P. 36, 1, 240. — * *Junge*, Duranton, XVIII. 47; Paul Pont, n° 776; Aubry et Rau, VIII, § 780, p. 480.

*[2] *Voy.* Civ. rej., 14 févr. 1837, (Sir. 37, I. 890), pour le cas où celui qui a vendu un immeuble appartenant à autrui, en devient ensuite propriétaire, et où l'acquéreur ne court plus aucun danger d'éviction; *voy.* aussi note sous le n° 679.

Nous verrons plus bas que la vente de la chose commune est assimilée à la vente de la chose d'autrui. Le communiste, qui l'a consentie en son seul nom, a donc commis un stellionat. S'il ne s'agit que d'une hypothèque, et que, par le résultat du partage, la chose affectée tombe dans le lot du constituant, l'hypothèque devient valable sans que celui-ci puisse être plus tard poursuivi comme stellionataire.

689. — La peine du stellionat est, indépendamment de la contrainte par corps [1], la nullité de l'acte, s'il s'agit d'une vente; la déchéance du terme, s'il s'agit d'une obligation. De plus, la loi prive le stellionataire de la faculté d'être admis à la cession des biens; elle l'exclut, lorsqu'il est commerçant, du bénéfice de l'excusabilité en cas de faillite, elle ne lui permet pas même la réhabilitation.

690. — Le livre trois du titre six du Code civil renferme plusieurs hypothèses pour lesquelles la loi a admis la présomption de fraude. C'est d'abord l'article 1595 prohibant la vente entre époux, sauf les exceptions indiquées.

Les motifs de cette prohibition sont clairement indiqués par les débats au Corps législatif. Sans cette prohibition, disait-on, rien n'eût été plus facile que d'éluder la restriction mise par la loi au droit qu'ont les époux de s'avantager au delà de certaines limites ; de rendre irrévocables des dons que la loi soumet à une condition perpétuelle de révocabilité. D'ailleurs le mari, maître et ad-

* [1] *Voy.* note sous le n° 679.

ministrateur de la communauté, chargé d'assister et d'autoriser sa femme, ne pouvait concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur [1].

Le législateur a donc posé comme présomption légale, excluant la preuve contraire, qu'entre personnes si intimement unies, dominées par des influences mutuelles, la vente masque une donation ou une fraude contre les tiers.

691. — Les inconvénients du système contraire avaient été depuis longtemps appréciés. En effet, on sait que le droit romain n'admettait pas la présomption de simulation. La vente entre époux était valable en tant qu'elle n'était pas prouvée renfermer un avantage indirect, et, dans ce cas, on se contentait de condamner la femme à tenir compte de ce dont elle avait été gratifiée seulement : *Quatenus facta est locupletior* [2]. Bien plus, les jurisconsultes romains conseillaient de ne pas traiter trop sévèrement de pareils actes : *Et sane non amare, nec tanquam inter infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu, et solam inopiam timentes* [3].

Les difficultés que soulevait l'application avaient éclairé notre législateur. Le droit coutumier français avait répudié les errements du droit romain et admis la présomption de simulation. La vente entre époux n'était considérée que comme un avantage indirect et frappée

[1] Portalis, *Exposé des Motifs*.
[2] L. 5, Dig., § 5, *De donat. inter. vir. et uxor.*
[3] L. 28, § 2, *De donat. inter. vir. et uxor.*

conséquemment de nullité. C'est ce qu'enseignent les coutumes de Normandie, de Nivernais; c'est, au témoignage de Pothier, ce qui était admis par les coutumes qui ne s'en étaient pas formellement expliquées; c'est enfin ce que nous apprend Dumoulin, sur l'article 256 de la coutume de Paris, et ce qu'il résume dans cette proposition : *Nullum contractum etiam reciprocum, facere possunt* (les époux), *nisi ex necessitate*. Aussi, ajoute-t-il, consulté sur la question de savoir : *An possit maritus justo pretio vendere uxori, quod domus propria viri erit communis? Respondi : Non.*

692. — Cette doctrine est devenue celle du Code. Aujourd'hui, la règle générale est l'incapacité réciproque des époux pour les ventes mutuellement consenties, et cette incapacité prend sa source dans la présomption que ces ventes ne sont qu'un moyen d'éluder la loi ou de frauder les tiers [1]. Mais cette règle reçoit exception, et cela devait être. En effet, le but du législateur a été de proscrire toutes les ruses qu'un mari adroit et cupide serait tenté d'employer pour spolier sa femme; d'empêcher que celle-ci abuse de l'affection qu'elle a su faire naître et entretenir pour se faire avantager outre mesure; d'assurer enfin la sincérité des transactions entre époux. Or, lorsque par sa nature l'acte n'offre plus qu'une opération légitime, naturelle et ne permet pas même le soupçon, il eût été irrationel et injuste de fermer les yeux à l'évidence

* [1] La prohibition de l'art. 1595 ne s'applique pas aux ventes passées entre futurs époux, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration. Mais ces ventes pourraient, le cas échéant, être arguées de nullité pour contravention à l'art. 1396. *Voy.* Aubry et Rau, IV, § 356, note 20, p. 349; Civ. cass., 31 janv. 1837, Sir. 37, I, 533.

et, sacrifiant la vérité à la fiction, de prononcer une nullité sans utilité et sans but réels.

693. — Tel est évidemment le caractère des exceptions consacrées par l'article 1595. La première se réalise lorsque, après la séparation, l'un des époux cède des biens à l'autre en paiement de ses droits; la seconde, lorsque la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant si ces immeubles ou ces deniers ne tombent pas en communauté. La troisième exception est relative à la cession faite par la femme au mari, en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, lorsque les époux ont exclu la communauté.

694. — Dans le premier cas, la femme doit recevoir sa dot et le montant de ses reprises. Le mari, obligé à ce paiement, devant dans tous les cas le réaliser, il importe fort peu qu'il vende ses immeubles à un tiers pour en compter le prix à sa femme, ou qu'il vende directement à celle-ci. Ce dernier parti est même plus convenable et plus utile. Ce n'est pas, à proprement parler, une vente, c'est une dation en paiement, que la loi n'avait aucun motif de proscrire.

D'autre part la liquidation, et la reprise par la femme de son immeuble dotal, peut constituer le mari créancier pour réparations et améliorations à l'immeuble. Quel inconvénient y avait-il à autoriser la femme à payer ce qu'elle doit par la désemparation d'immeubles d'égale valeur?

Sans doute, dans l'une et l'autre hypothèse, l'acte peut renfermer un avantage illicite, en ce sens que, dans la

première, l'immeuble donné par le mari le sera à un prix fort au-dessous de sa valeur; que, dans la seconde, l'immeuble de la femme sera évalué à un prix exagéré, ou *vice versâ*. Mais la loi a pourvu à cette fraude, en réservant aux héritiers réservataires et aux créanciers le droit de faire restituer à l'immeuble sa véritable valeur.

695. — La seconde exception emporte aussi plutôt la dation en paiement qu'une vente. Le mari est débiteur envers sa femme du prix de ses propres aliénés ainsi que des deniers qui lui sont échus pendant le mariage, et cela est surtout vrai lorsque les époux sont sous un régime exclusif de la communauté; il a donc intérêt à opérer le remploi du prix et, pouvant acheter des immeubles, il doit pouvoir acheter de lui-même en vendant à sa femme ceux qui lui appartiennent. Il en est de même pour les deniers perçus par lui; comme il sera toujours obligé de les restituer, il peut devancer cette obligation et l'exécuter par la cession de ses immeubles. Il ne change rien ni à sa position, ni à celle de sa femme, il ne fait qu'éteindre sa dette, la vente a donc une cause légitime.

L'exemple cité par l'article 1595 est démonstratif et non limitatif [1]. Toutes les fois qu'il y aura cause légitime,

* [1] *Voy.* en ce sens, Duranton, XVI, 149; Troplong, I, 180; Duvergier, I, 179; Req. 23 août 1825. — Tout en partageant cette opinion, MM. Aubry et Rau font observer que, malgré le pouvoir discrétionnaire laissé aux tribunaux pour apprécier la légitimité de la cause à raison de laquelle la vente a été passée, il semble qu'ils devraient n'admettre, comme causes légitimes, que des dettes préexistantes, et susceptibles d'un remboursement actuel. IV, § 351, p. 350, note 23. *Voy.* aussi Troplong et Duvergier, *Loc. cit.* — N'est pas une cause lé-

la vente entre époux pourra être maintenue. La légitimité de la cause est abandonnée à l'appréciation du juge. Mais il faut remarquer que le Code ne parle, dans cette seconde exception, que des ventes faites par le mari à la femme, faut-il en conclure que celle que la femme consentirait au mari, se plaçant en dehors des termes précis de l'article, devrait être annulée quelque légitime qu'en fût la cause?

C'est ce qu'enseigne M. Troplong [1], en décidant négativement la question de savoir si la femme pourrait vendre ses immeubles à son mari pour le rembourser du paiement de ses dettes antérieures au mariage. La cause de cette vente, dit cet éminent magistrat, est certes aussi légitime que dans aucune espèce. Mais la loi n'établissant pas la réciprocité, on ne saurait, sans la violer, maintenir le contrat. Mais, ainsi que l'observe M. Duvergier, la discussion au Conseil d'Etat ne permet pas d'admettre que tel ait été l'esprit de la loi. Il est vrai que, sur l'observation de Regnauld de St-Jean d'Angely, il avait été convenu que l'article 1595 s'expliquerait sur la réciprocité des ventes entre époux, ce que la rédaction définitive n'a pas fait. Cette omission, en présence de l'adoption certaine de la proposition de M. Regnauld, adoption dont rien ne prouve la rétractation ultérieure, peut s'expliquer ou par une négligence ou par la pensée que, l'ensemble de l'article remplissant implicitement le but qu'on voulait atteindre, il n'était pas nécessaire de l'exprimer explicitement. Ce qui est certain, c'est que la loi n'a voulu

gitime de vente au profit de la femme la dot, dont le mari ne doit la restitution à celle-ci qu'à la dissolution du mariage ou après la séparation de biens. — *Voy.* Req. 24 juin 1839, Sir. 39, I, 596; 28 nov. 1855, Sir. 56, I, 680.

[1] Sur l'article 1595. — *Junge,* Aubry et Rau, IV, § 351, note 26.

que défendre la fraude, qu'empêcher la violation de la prohibition faite aux époux de s'avantager au delà de certaines limites; or payer une dette certaine, c'est ne faire ni l'un ni l'autre. Cela, admis du mari à la femme, doit être nécessairement vrai de la femme au mari : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

696. — Enfin le troisième cas excepté de la prohibition est la vente d'un immeuble en paiement de la dot mobilière que la femme est dans l'impossibilité de réaliser. Cette substitution ne renferme aucun avantage pour le mari; si l'immeuble est accepté pour sa juste valeur, elle n'est que l'accomplissement d'une obligation légitimement contractée. Toutefois, cela n'est incontestable que sous l'empire d'un régime exclusif de communauté [1], dans le cas contraire, remplacer une somme peut-être irrécouvrable, entrée en communauté, par un immeuble qui n'y entre pas de droit, serait consentir un avantage et non une vente.

697. — En résumé, la vente entre époux est présumée frauduleuse. Telle est la règle, mais cette règle reçoit exception, lorsqu'il apparaît d'une cause légitime; cette cause légitime existe de plein droit dans les trois cas spécifiés dans l'article 1595, sauf le droit des héritiers à réserve et celui des tiers sur la simulation du prix fixé dans l'acte; dans tous les autres cas où l'existence d'une cause légitime serait alléguée, la loi s'en réfère à la prudence

* [1] Il est assez généralement admis que les termes, *lorsqu'il y a exclusion de communauté*, du nº 3 de l'art. 1595, comprennent le régime dotal. Toullier XII, 41; Duranton, XVI, 150; Troplong, I, 181; Duvergier, I, 181. — *Voy.* Laurent, XXIV, 39.

des tribunaux qu'elle en constitue les arbitres souverains.

698. — Mais, pour pouvoir utilement se placer dans l'exception prévue, il ne suffit pas de motiver la vente sur un des faits qui constituent cette exception, il faut en outre que la position des parties explique et justifie la vente. Ainsi il a été jugé que la créance que la femme dotale a sur son mari pour sa dot n'est pas, tant qu'elle n'a pas été rendue exigible par la séparation de biens, une cause légitime dans le sens de l'article 1595 du Code civil, autorisant la cession des biens du mari; c'est là une reprise dans le sens du numéro premier de cet article et l'on objecte en vain qu'il suffit, aux termes du numéro deux, que la créance ne tombe pas en communauté [1];

Que sous le régime dotal, les reprises de la femme ne pouvant être exigées qu'après la dissolution du mariage et le mari n'étant pas soumis, sauf clauses contraires, à faire emploi jusqu'à cette époque, l'existence de ces reprises n'est point une cause légitime donnant droit au mari de vendre à la femme un de ses immeubles [2];

Enfin que la vente d'un immeuble faite par le mari au profit de sa femme, à titre de remploi de diverses aliénations, est nulle, nonobstant l'énonciation de remploi, s'il résulte de circonstances graves que cette vente a été faite dans le but de soustraire l'immeuble à l'action des créanciers du mari [3].

Il en serait de même si la créance paraphernale, pour le paiement de laquelle il y a eu vente entre époux, était

1 Cass., 24 juin; — D. P. 40, 1, 15.
2 Grenoble, 10 juillet 1841; — D. P. 42, 2 45.
3 Bordeaux, 15 janvier 1839; — D. P. 39, 2, 132.

déclarée avoir une trop faible importance, en proportion des biens cédés[1].

699. — Quel est le sort de la vente entre époux tombant sous le coup de la prohibition de l'article 1595? Par rapport aux tiers intéressés, la question ne saurait être douteuse, la nullité est absolue. Les choses rentrent dans la possession du précédent propriétaire et restent affectées aux droits et aux exécutions que chacun d'eux peut prétendre ou exercer[2].

700. — Par rapport aux héritiers réservataires, la vente n'est pas nulle, en ce sens qu'elle ne doive produire aucun effet. Considérée comme un avantage indirect, elle doit se réduire jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Cette opinion, enseignée par Toullier [3], nous paraît incontestable. L'un des motifs du législateur, en proscrivant la vente entre époux, a été d'empêcher la disposition d'outrepasser les bornes tracées aux avantages qu'ils peuvent réciproquement se conférer. Donc, renfermer dans tous les cas cette disposition dans les limites de la quotité disponible, c'est lui affecter un caractère légal. Comment empêcherait-on de faire indirectement ce qu'il est permis de faire d'une manière directe[4].

[1] Cass. 24 juin 1839; — D. P. 40, 1. 15.

* [2] *Voy.* la note 4 sous le n° suivant.

[3] T. XII, p. 64.

* [4] La vente entre époux consentie hors des cas prévus par l'art. 1595 est nulle. La nullité résulte virtuellement de la rédaction essentiellement prohibitive de cette disposition. Elle peut être proposée soit par les époux eux-mêmes, soit par leurs héritiers et leurs créanciers, car la prohibition a été établie dans l'intérêt de toutes ces personnes.

Les héritiers même réservataires ont le droit d'intenter l'action en

701. — Il n'est certes pas défendu à la femme d'acheter soit des immeubles, soit des meubles, pendant la durée du mariage. Mais ces achats peuvent masquer une fraude, soit contre les créanciers, soit contre les héritiers à réserve, lorsque le paiement du prix, censé fait par la femme, l'a été réellement par le mari et de ses propres deniers. La facilité d'exécuter cette fraude a, de tous temps, éveillé la sollicitude du législateur. De là, la présomption que ce qui est acheté par la femme l'a été des deniers du mari. Mais cette présomption n'est pas exclusive de la preuve contraire; elle oblige seulement la femme à justifier des ressources qu'elle a employées : *Unde habuerit* [1].

702. — L'article 1596 prohibe la faculté de devenir adjudicataire :

Au tuteur, des biens de ceux dont il a la tutelle [2];

nullité. *Voy.* Aubry et Rau, § 351, p. 351 et suiv; comp. Laurent, XXIV, 42. — Mais la vente, quoique nulle, peut-elle valoir comme donation déguisée, quand elle couvre une libéralité de l'un des époux à l'autre? La question est controversée : l'affirmative est admise par Toullier, XII, 41 ; Troplong, I, 185; Duvergier, I, 183 et 184.

L'opinon contraire est professée par MM. Aubry et Rau, *Loc. cit.* Nous pensons,avec ces savants jurisconsultes, que par cela même que la loi prohibe la vente entre époux, elle ne leur permet pas de se faire une donation sous forme de vente. — *Voy.* aussi Duranton, XVI, 153, 154 ; Laurent, XXIV, 41.

[1] L. 51, Dig. *De donat. inter vir. et uxor.*

* [2] La prohibition est applicable aux ventes sur expropriation forcée comme aux ventes volontaires. Demolombe, VII, 751 et 752.

Mais le tuteur, qui est copropriétaire avec le mineur, peut se rendre adjudicataire des biens indivis entre eux, vendus sur licitation. Duranton, III, 599; Valette sur Proudhon, II, p. 397, note *a*; Duvergier, sur Toullier, II, 1231, note *e*.

La prohibition s'applique au cotuteur, au protuteur, au tuteur offi-

Aux mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre [1];

Aux administrateurs, des biens des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins;

Aux officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère.

Les adjudications rapportées au mépris de cette disposition sont considérées comme frauduleuses et annulées de plein droit, sans qu'on puisse avoir égard à la bonne foi alléguée.

Les raisons de sûreté et d'honnêteté publiques qui motivent cette disposition sont, dit M. Portalis [2], trop évidentes pour qu'il soit nécessaire de les développer. Chacun sent, en effet, que l'autorisation de devenir adjudicataire amènerait bientôt les personnes désignées à mettre, pour écarter toute concurrence, le soin que le législateur exige de leur part pour la multiplier. C'est aussi ce qu'avaient pensé les législations précédentes que le Code n'a fait que copier.

703. — En règle générale, les incapacités sont de droit étroit sans qu'on puisse les étendre. De là, quelques auteurs, et notamment M. Duranton [3], ont conclu que l'article 1596 du Code civil ne concernerait pas le

cieux, aussi bien qu'au tuteur ordinaire. Duvergier, I, 188; Laurent, XXIV, 46.

*[1] La prohibition ne s'applique pas aux mandataires, quant aux biens dont ils ont seulement la gestion et l'administration. Laurent, XXIV, 47; Req. 8 déc. 1862, Sir. 63, I, 310.

[2] *Exposé des motifs*, Corps législatif, 27 février 1804.

[3] T. XVI, n° 134.

subrogé-tuteur[1]. Nous admettrons cette solution lorsque, par la nature de la vente, le subrogé-tuteur y demeure étranger, n'ayant aucune mission de la surveiller, comme, par exemple, en cas d'aliénation par suite d'expropriation. Au contraire, si la vente est volontaire, le subrogé-tuteur doit, aux termes de l'article 459 du Code civil, être présent dans l'instance, et cette présence n'a d'autre but que de surveiller et de protéger les intérêts du mineur. Or, cette mission est inconciliable avec la faculté de se rendre adjudicataire, puisque, dans ce cas l'intérêt du subrogé-tuteur serait opposé à celui du mineur. Il ne faut donc pas que dans cette position ce dernier intérêt puisse être sacrifié. Nous dirons du subrogé-tuteur, dans cette circonstance, ce que Portalis disait tout à l'heure du mari : Il ne peut concilier l'intérêt exclusif et personnel d'un contractant avec la sage vigilance d'un protecteur. D'ailleurs, chargé de partager les devoirs du tuteur, il doit subir les prohibitions faites à ce dernier. La même distinction doit régir le curateur

*[1] Nous pensons que les incapacités prononcées par l'art. 1596 sont limitatives (*Voy.* art. 1594), et que, par conséquent, on ne peut pas étendre au subrogé-tuteur la prohibition qui frappe le tuteur. Si les ventes des biens appartenant au mineur doivent, d'après les art. 452 et 459, avoir lieu en présence du subrogé-tuteur, s'il doit y être appelé, son intervention n'est cependant pas indispensable pour la validité de l'adjudication (art. 962 C. proc.). — *Voy.* en ce sens, Duranton, XVI, 134; Duvergier, I, 188; Aubry et Rau, IV, § 351, note 12, p. 348, Laurent XXIV, 46; Civ. cass. 21 déc. 1852, Sir. 53, I, 13.

La prohibition du même article ne doit pas s'étendre non plus au curateur du mineur émancipé, et au conseil judiciaire. Duranton, XVI, 135 et 136; Duvergier, I, 188; Aubry et Rau, *Loc. cit*; Laurent, *loc. cit.*

du mineur non émancipé et le conseil judiciaire donné à un prodigue [1].

704. — L'article 711 du Code de procédure civile complète la série des incapacités en partie établies par l'article 1596. Les membres du tribunal devant lequel la vente se poursuit pourraient abuser de l'influence s'attachant à leur qualité pour écarter les enchérisseurs. La connaissance qu'un d'eux se présente comme acquéreur suffirait seule, et indépendamment de toute démarche personnelle, pour déterminer ce résultat. La loi a donc sagement et prudemment agi en ne leur permettant pas de se mettre sur les rangs des acquéreurs.

705. — La nullité de l'adjudication faite en faveur d'un incapable peut être poursuivie par tous les ayants droit. Il n'y a à cette règle générale qu'une exception, à savoir : l'incapable lui-même. Autoriser celui-ci à se soustraire aux charges résultant de l'adjudication, c'était lui permettre de se prévaloir de sa propre turpitude. La loi ne doit aucune protection à celui qui ne s'est mis dans le cas de l'implorer qu'en la violant ouvertement. [2]

706.—Les juges, les suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent, aux termes de l'article 1597, devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions.

Un juge, disait Portalis, dans l'Exposé des motifs, est

[1] Troplong, art. 1596, n° 187

[2] *Voy.* en ce sens, Duranton, XVI, 139; Troplong, I, 194.

établi pour terminer les contestations des parties et non pour en trafiquer. Il ne peut et ne doit intervenir entre les citoyens que comme ministre des lois et non comme l'agent des intérêts, de la haine et des passions de l'homme. S'il descend honteusement de son tribunal, s'il abandonne le sacerdoce auguste qu'il exerce pour échanger sa qualité d'officier de justice contre celle d'acheteur d'action, il avilit le caractère honorable dont il est revêtu, il menace, par le scandale de ses procédés hostiles, les familles qu'il ne doit que rassurer par ses lumières et ses vertus. Il cesse d'être magistrat, il n'est plus qu'oppresseur.

Il serait à craindre, ajoutait l'orateur du Tribunat, que les différentes personnes énumérées dans l'article n'inquiétassent les plaideurs par leur influence ou tous autres moyens, et qu'armées de leur titre d'acquisition, elles ne les forçassent à faire en leur faveur des sacrifices considérables pour se débarasser d'adversaires dangereux.

La loi a donc suivi, en cette circonstance, la voie que nous avons signalée en traitant du dol présumé. Plus la fraude est prochaine et facile, plus elle redouble de précautions et plus elle en suppose aisément l'existence. Or, on pouvait prévoir, sans trop de témérité, que les personnes dont parle l'article 1597, voulant se faire céder des droits litigieux, feraient nécessairement valoir leur position, leur influence, sauraient adroitement semer des craintes sur le résultat. Consacrer de pareilles manœuvres, c'était encourager une fraude d'autant plus dangereuse, que celui qui en est l'objet a moins de moyens de s'y soustraire. C'est pour obvier à cet inconvénient que la loi a consacré la prohibition absolue que nous trouvons dans l'article 1597.

707. — Cet article place sur la même ligne les procès

et les droits et actions litigieux. Cette locution ne serait qu'un pléonasme s'il fallait, dans l'occurrence, appliquer l'article 1700 du Code civil, suivant lequel on doit considérer comme litigieux le droit sur lequel il y a procès ou contestation. Cette considération a amené la doctrine à conclure que l'article 1597 n'exige pas que le procès soit commencé. Il y a droit douteux, et partant incessible, toutes les fois que le droit à céder est non reconnu, incertain, sujet à contestation et de nature à appeler les parties devant les tribunaux [1].

708. — Il en est de la nullité résultant de l'article 1597, comme de celle prononcée par l'article 1596. Le cessionnaire seul est non recevable à s'en prévaloir [2]. Le cédant le peut, quoi qu'en dise M. Duranton, car la loi présumant la fraude le suppose trompé, admet qu'il a cédé devant une influence irrésistible ou obéi à des conseils intéressés et pernicieux. On se placerait donc en contradiction flagrante avec l'esprit de la loi, si, punissant le cédant de la fraude dont il est victime, on prétendait l'empêcher d'en poursuivre la réparation sous prétexte d'une complicité dans la violation de la loi [3].

La partie engagée dans le litige peut avoir un grand intérêt à se trouver en face de son véritable compétiteur. Elle

[1] Duranton, t. XVI, n° 145; Troplong, art. 1597, n° 200. — * *Junge* Duvergier, I, 199; Marcadé, sur l'art. 1597, n° 2; Req., 11 févr. 1851. Sir., 51, I, 199 ; 27 nov. 1866, Sir., 67, I, 196.

Cependant les difficultés qui ne portent que sur la mise à exécution d'un droit, d'ailleurs certain et liquide, ne doivent pas faire considérer ce droit comme litigieux. — *Voy.* Req., 5 juin 1825.

* [2] *Contrà,* Duvergier, I, 200; Marcadé sur l'art. 1597, n° 3. — L'opinion enseignée par M. Bédarride nous paraît préférable.

[3] Troplong, art. 1597, n° 194.

se débarrasse d'abord d'un adversaire redoutable par sa position de fortune et son influence ; elle se ménage, dans tous les cas, les moyens d'obtenir de l'intéressé direct des déclarations et des aveux dont elle pourra se prévaloir dans l'instance. A ce double titre, son droit de demander la nullité de la cession est incontestable.

709. — Dans chacune des hypothèses des articles que nous venons d'examiner, la nullité des ventes, adjudications ou cessions ne serait pas éludée par les précautions prises pour masquer la violation de la loi, et notamment par l'interposition d'un prétendu acquéreur, adjudicataire ou cessionnaire. Cette interposition peut être prouvée dans tous les cas. Serait-elle de plein droit admise pour les personnes indiquées par l'article 911 du Code civil [1] ?

L'identité de solution semble devoir être la conséquence de l'identité des motifs. Il s'agit dans nos trois articles, comme dans l'article 911, d'incapables ayant intérêt à masquer la fraude par une simulation offrant quelques chances de réussite. Or la loi, qui tient à réprimer celles-ci, n'attache pas un moindre prix à la répression de celles-là, pourquoi donc prendrait-elle des moyens différents en présence de circonstances identiques.

Cependant l'application absolue de l'article 911 conduirait dans l'espèce à des résultats absurdes. Il faut donc adopter comme règle certaine que l'interposition de per-

[1] Le point de savoir si celui qui figure comme acheteur n'est qu'une personne interposée est laissé à l'arbitrage des tribunaux. Les présomptions légales d'interposition établies par les art. 911 et 1100, en matière de donation, sont inapplicables en matière de vente. — Voy. Duranton, XVI, 138 ; Troplong, I, 193 ; Duvergier, I, 193 ; Civ. rej. 4 avril 1837, Sir., 38, I, 332, ; Req. 3 avril 1838, Sir., 38, I, 368.

sonne viciant l'acte dont la nullité est réclamée, ce moyen peut toujours être allégué et prouvé; que son existence légalement acquise, lorsque l'avantage conféré à l'incapable doit lui arriver sous le couvert de ses père, mère, enfants ou descendants, ou de son conjoint, peut être détruite dans l'espèce par la preuve contraire [1].

710. — Le Code de commerce a suivi, quant à la fraude, les errements du Code civil; à son tour, il en présume l'existence, dans les cas où la facilité pour la commettre la rend imminente et prochaine.

Tel est le caractère de la prohibition que les articles 85 et 86 renferment contre les agents de change et courtiers, de faire le commerce pour leur propre compte ou de s'immiscer dans les opérations dont ils sont les intermédiaires légaux. Ce caractère ressort des motifs sur lesquels reposent ces deux dispositions.

« Il ne peut y avoir sûreté pour le commerçant, si l'intermédiaire ne conserve pas un caractère de neutralité absolue entre les contractants qui l'emploient. Dès que son intérêt peut être attaché directement ou indirectement à la négociation à laquelle il s'entremet, il trompe nécessairement une des parties et peut-être toutes deux. Un agent intermédiaire, qui fait pour son compte des opérations de commerce, viole tous les principes qui constituent sa profession, il trahit à la fois la confiance publique et la confiance du commerce, ce n'est le plus souvent qu'un rival trompeur qui usurpe des droits illégitimes en prenant un caractère qui ne lui appartient pas ; qu'un concurrent d'autant plus dangereux qu'il opère connaissant

[1] V. *infrà*, tom. IV, chap. III, sect. IV, 4.

les intentions de ses commettants, trompés par son titre officiel. »

711. — Il y a donc, dans le fait du courtier ou de l'agent de change violant les prohibitions de la loi, un véritable abus de confiance. C'est plus qu'une fraude, c'est un délit que l'article 87 du Code de commerce punit de la destitution et d'une amende, dont le maximum est fixé à 3,000 fr. L'existence du fait est à tel point constitutive du délit que les tribunaux ne peuvent apprécier la question intentionnelle, et moins encore refuser de prononcer la peine, sous prétexte de bonne foi. Mais le fait d'immixtion rentre dans leur examen, en ce sens que l'acte reproché peut être déclaré ne pas constituer le délit caractérisé par la loi, comme s'il s'agissait de quelques opérations isolées, accidentelles, expliquées par des motifs légitimes[1].

712. — Les articles 85 et 86 ne prononcent pas la nullité des opérations faites au mépris de leur disposition. Cette pénalité ne pouvait être édictée sans s'exposer à apporter un grand trouble dans les opérations commerciales, sans affecter des droits légitimement acquis par des tiers. En commerce, en effet, on n'achète guère que pour revendre, on ne prend des valeurs que pour les transmettre soit à titre de négociation, soit à titre de paiement. La nullité de l'opération première eût donc amené une cascade de nullités et une véritable perturbation dans la marche naturelle du commerce. On devait donc se taire sur la nullité laissant, à chaque espèce

[1] Pardessus, tom. I, n° 76.

particulière, à amener la décision juridique qu'elle comportera.

Quelle est la conséquence de ce silence? faut-il l'interpréter dans le sens de la validité absolue de l'opération? L'affirmative n'est pas douteuse quant au courtier ou à l'agent de change lui-même. Il ne pourrait en effet tenter de se soustraire à ses engagements qu'en excipant de son propre délit, ce qui doit lui être interdit de la manière la plus absolue[1].

713. — La Cour de Cassation a jugé, le 15 mars 1810, que celui qui a traité avec un courtier ne peut, excipant de l'article 85, se refuser de faire face à ses engagements. La doctrine a inféré de cet arrêt que la nullité ne pouvait, dans aucun cas, être prononcée ; nous ne pouvons partager cette opinion, en tant qu'elle tend à empêcher la nullité d'être prononcée dans tous les cas et d'une manière absolue.

Nous distinguerons d'abord entre une négociation d'effets commerciaux et une vente de marchandises. Si l'agent de change, réalisant la première, a reçu des valeurs et compté les espèces, il n'y a plus moyen de prononcer la nullité. Le souscripteur des effets ou l'endosseur qui les a transmis à l'agent de change ne saurait prétendre qu'on doit les lui restituer sans qu'il soit tenu de rembourser lui-même l'argent qu'il a reçu en échange. Tout ce qu'il peut prétendre, c'est la réparation du préjudice que la déloyauté de l'agent de change lui a occasionné; or, cette réparation n'exige pas la nullité de l'opération,

[1] Bordeaux, 23 novembre 1828.

Dans l'espèce jugée par la Cour de Cassation, le demandeur en nullité était le souscripteur des effets que l'agent de change, à qui ils avaient été cédés par le porteur, poursuivait en paiement. Or il est évident que la nullité n'était pas même sérieusement opposable. En effet, débiteur certain des sommes réclamées, le souscripteur ne pouvait se soustraire au paiement, parce que son créancier direct avait traité avec un agent de change. Tout ce qu'il pouvait soutenir, c'est que la négociation illicite n'avait pu transférer la propriété, que, conséquemment, l'agent de change ne devait pas être considéré comme tiers-porteur sérieux et de bonne foi, et que toutes les objections opposables à son cédant pouvaient lui être opposées. Mais prétendre ne pas payer, parce qu'il avait plu au porteur de traiter avec un agent de change, c'était poursuivre un but irrationnel autant qu'inique ; le proscrire était donc un devoir pour les tribunaux.

A plus forte raison devrait-on le décider ainsi toutes les fois qu'après avoir pris personnellement des valeurs, l'agent de change les a endossées à des tiers qui en demandent paiement. Cette demande ne comporterait aucune exception de la nature de celle que nous examinons, à moins qu'on ne prouvât que le porteur n'est qu'un prête-nom, et, dans ce cas, nous venons de le dire, tout ce que pourrait exiger le souscripteur ce serait la réparation du préjudice qu'il éprouve.

On doit appliquer la même règle à l'achat de marchandises. Si le vendeur a livré, il ne serait pas recevable à redemander la marchandise, si elle est encore entre les mains du courtier ayant traité pour son compte. A plus forte raison, si le courtier l'avait revendue à des tiers, elle se réalise par une allocation de dommages-intérêts.

Ce que la loi autorise dans ce cas, c'est l'action en indemnité si un préjudice quelconque a été souffert.

Mais, s'il ne s'agit que d'une promesse de négociation ou d'une vente à terme, nous croyons que l'agent de change ou le courtier ne serait pas recevable à demander l'exécution de la promesse et la livraison effective soit des billets, soit des marchandises. Le traité sur lequel cette demande s'appuierait étant un délit, l'obligation aurait une cause illicite ne créant aucun droit et conséquemment aucune action. D'ailleurs, pourquoi forcerait-on l'exécution lorsqu'on reconnaît que cette exécution engage l'agent de change ou le courtier à réparer le dommage ? N'est-il pas naturel de prévenir plutôt que de réparer, et, puisque les choses sont en l'état, de ramener les parties au respect de la loi que l'une d'elles a complétement oublié ?

Nous croyons cette doctrine juridique. Ce qui le prouve, c'est qu'il est admis en principe que les courtiers sont sans qualité pour exercer en leur propre nom les actions en paiement ou en livraison des marchandises vendues par leur entremise [1]. Pourraient-ils donc faire pour leur propre compte ce qui leur est interdit de faire pour le compte d'autrui ? La réponse ne saurait être douteuse, avec d'autant plus de raison que l'esprit de l'arrêt que nous rappelons amène à cette conséquence qu'on ne prohibe l'action pour compte du tiers que parce que le courtier y trouverait le moyen d'éluder la prohibition, et qu'on a craint qu'il figurât réellement lui-même sous le manteau de celui dont il a emprunté le nom.

Ainsi l'opération faite contrairement aux prescriptions

[1] Cass., 2 brumaire an XIII.

de la loi, et qui n'a pas reçu immédiatement son entière exécution, peut être annulée. Mais l'agent ou le courtier contrevenant ne peut, dans aucun cas, demander cette nullité. Pour lui, il n'y a pas de distinction à faire, il est, dans tous les cas, obligé d'exécuter ses engagements.

714. — Il suit de ce qui précède que la nullité étant opposable à l'agent de change ou au courtier, on pourrait également l'opposer au tiers poursuivant pour contraindre soit à accepter, soit à effectuer la livraison, si ce tiers n'était que le prête-nom de l'un ou de l'autre. Mais cette simulation n'est jamais présumée. C'est à celui qui l'allègue à en fournir la preuve. A défaut de cette preuve, le tiers est considéré comme de bonne foi et conséquemment maintenu dans le bénéfice de l'opération [1].

715. — Quelle est la véritable portée de la défense faite par l'article 86 aux agents de change ou courtiers, de garantir l'exécution des marchés faits par leur entremise? Le courtier de commerce qui, moyennant un ducroire, garantit la solvabilité de l'acheteur qu'il propose, contrevient-il à cette prohibition?

Nous avions dans notre précédente édition résolu négativement cette question, mais l'étude plus approfondie de la matière que notre *Commentaire du titre des bourses de commerce, agents de change et courtiers* a nécessitée, nous a convaincu que nous nous étions trompé.

L'article 86 défend au courtier de se rendre garant du marché dans lequel il s'entremet. Or, que fait celui qui, moyennant un droit de commission, répond de la solvabi-

[1] Cass., 18 décembre 1828.

lité de l'acheteur, si ce n'est garantir l'exécution du marché, et pourrait-il être que le courtier à qui cette garantie est interdite pût la donner valablement, parce que au lieu de le faire gratuitement il en retirerait un salaire.

L'avantage que cette garantie offrait au petit commerce, la facilité qu'elle assurait aux transactions, nous avait séduit et égaré. Mais la réflexion nous a démontré que ces avantages étaient loin de compenser les dangers et les abus dont l'immixtion du courtier dans les affaires qu'il traite pourrait devenir l'occasion.

D'abord recevoir un ducroire et garantir la solvabilité de l'acheteur, sont actes de commissionnaire. Donc les permettre au courtier serait autoriser une usurpation contre laquelle protestent la raison et le droit.

716. — Quel est le caractère de la violation des articles 85 et 86 du Code de commerce? l'acte du courtier constitue-t-il une infraction disciplinaire? est-il un délit spécial? C'est surtout au point de vue de la prescription que la solution de cette difficulté est utile.

Dans une affaire portée à la chambre du Conseil de Toulon, on a prétendu que l'acte du courtier était surtout une infraction disciplinaire passible même des peines de l'article 87 ; qu'en conséquence sa découverte autorisait les poursuites, quelle que fût l'époque à laquelle l'acte remonterait.

Cette doctrine nous paraît inadmissible. Elle est en contradiction avec les termes de l'article 87 lui-même.

La discipline, dit le *Dictionnaire général* de Dalloz, est un pouvoir de police intérieure et de surveillance, établi pour maintenir dans les corps ou compagnies l'exacte observation des devoirs que leur imposent les lois de leur

institution. Il y aura donc fait purement disciplinaire toutes les fois qu'il y aura eu infraction à cette police intérieure, et lorsqu'il s'agira d'une atteinte portée à la dignité du corps ou de la compagnie.

Mais le fait disciplinaire peut revêtir des proportions plus amples, il peut blesser les droits des tiers ou violer des prescriptions d'ordre public. Dans ce cas, l'action disciplinaire qui, d'après M. Dalloz, s'exerce souvent sur des faits non définis à l'avance, mais dont l'appréciation est laissée à un pouvoir discrétionnaire, est indépendante de l'action publique et de celle de la partie lésée.

Ainsi le même fait peut donner naissance à trois actions: l'action disciplinaire, l'action du ministère public, l'action civile, en réparation du dommage. Chacune de ces actions a une juridiction qui lui est propre. En général, l'action purement disciplinaire, surtout en ce qui concerne les officiers ministériels ou publics, est déférée aux tribunaux civils.

Or l'article 87 confie la répression des actes indiqués par les deux articles précédents aux tribunaux correctionnels. Cette première dérogation au droit commun, en matière disciplinaire, établit déjà qu'il s'agit d'autres choses que d'un fait purement disciplinaire.

Ce qui le prouve mieux encore, c'est la pénalité. La destitution est le dernier échelon des mesures disciplinaires lorsqu'elle est prononcée par le pouvoir ordinairement investi. Ici elle n'est plus qu'une peine, puisqu'elle est à ce titre prononcée par les tribunaux correctionnels. De plus l'amende que M. Pardessus appelle à juste titre *correctionnelle* [1] et qui doit être simultanément pronon-

[1] Tom. 1, n° 74.

cée, achève de fixer le véritable caractère de l'acte que la compétence de la justice correctionnelle ferait à elle seule supposer.

Ainsi la violation des art. 85 et 86 constitue un véritable délit, c'est ce qu'enseigne notamment M. Mollot, en parlant des actions pénales pour usurpation ou contravention.

« Les unes sont dirigées, dans l'intérêt des agents de change, contre ceux qui s'immiscent dans leurs fonctions; les autres le sont contre les agents de change eux-mêmes pour violation des lois et règlements, toutes sont portées devant le tribunal correctionnel, parce qu'elles ont pour objet la répression d'un délit [1]. »

Le fait ainsi qualifié, il en résulte qu'aux termes de l'art. 637 du Code d'instruction criminelle, la poursuite du ministère public se prescrit par trois ans. L'action ultérieurement intentée devrait donc être déclarée irrecevable.

717. — L'art. 42 du Code de commerce prescrit la publication des actes de société. L'absence de cette formalité est considérée comme une fraude dont les résultats diffèrent selon qu'il s'agit des associés entre eux, des créanciers sociaux ou des créanciers particuliers de chaque associé [2].

[1] *Des bourses de commerce*, chap. IV, tit. II, n° 459.

[2] Le Code de commerce a organisé les formalités de publicité des actes de société et prononcé la nullité pour le cas où elles ne seraient pas observées (art. 42-46). Les formalités ont été modifiées par la loi du 24 juillet 1867, tit. IV, art. 55-65. L'art. 65 abroge les art. 42-46 du Code de commerce.

718. — Par rapport aux associés, l'absence de publication annule la société [1]. Cette nullité peut être demandée à toutes les époques, mais ses effets ne concernent que l'avenir, les affaires traitées jusque là sont liquidées et la répartition des bénéfices ou pertes opérée dans les proportions indiquées par le pacte social, liant les associés jusqu'au moment où la nullité est acquise [2].

719. — Par rapport aux créanciers sociaux, le défaut de publication ne saurait leur être opposé. La raison en est simple, la loi ne pouvait rendre les tiers responsables pour n'avoir pas fait ce qu'ils ont été dans l'impuissance de faire. L'omission, justement reprochable aux parties signataires de l'acte, ne saurait, dans aucun cas, atteindre ceux qui, demeurés étrangers à cet acte, restaient nécessairement étrangers aux formalités qui devaient le suivre.

Cette position des tiers amène à cette conséquence : que les stipulations de l'acte non publié ne peuvent leur être opposées. Ainsi, la solidarité étant de droit commun entre associés en nom collectif, chaque associé serait

*[1] — *Voy.* Bravard, I, p. 191 et 192; Civ. cass. 31 déc. 1844 D. 45, 1, 75.

*[2] Quelques auteurs décident que, abstraction faite des clauses de l'acte de société, la répartition doit être régie par le droit commun (art. 1853 C. civ). Ils disent qu'on ne peut invoquer pour le passé les accords sociaux : *quod nullum est, nullum producit effectum. Voy.* Molinier, p. 249 et suiv. L'opinion adoptée par M. Bédarride est plus généralement enseignée. — *Voy.* Bravard et Demaugeat, I, p. 193 et 194; nos *Répétitions sur le Code de commerce*, p. 139 et suiv. (8e édition). Entre les associés, a-t-on dit, il y a une espèce de dissolution. — Il pourrait arriver qu'après la dissolution de la société, la demande en nullité fût repoussée parce que la nullité ne produirait pas d'autres conséquences que la dissolution. *Voy.* Civ. rej. 7 juillet 1873, D. 73, 1, 327.

tenu sur tous ses biens de l'intégralité de la dette, quelles que fussent les dérogations renfermées au pacte social. En effet, les associés peuvent stipuler des dérogations au droit commun, mais la loi ne consacre ces stipulations que lorsque les tiers ont été mis en demeure de les connaître par la publicité qu'elles reçoivent de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 42 du Code de commerce; à défaut de cet accomplissement, ces dérogations ne sont plus considérées que comme une fraude contre les tiers et absolument nulles par rapport à eux.

Une seconde conséquence du défaut de publicité, c'est de conférer aux tiers le droit de prouver, même par témoins, l'existence de la société avec laquelle ils ont traité [1]. L'exigence d'une preuve écrite ne concerne que les associés, car seuls ils sont dans le cas de se la procurer. Dès l'instant qu'une société s'annonce au public par des actes formels, par l'emploi d'une raison sociale, les tiers ne sont pas même obligés d'en demander la preuve ou de s'informer si elle a été ou non régulièrement établie. Ils agiraient sans doute beaucoup plus prudemment s'ils prenaient des informations, qui ne sont pas, d'ailleurs, toujours faciles. Mais le seul danger auquel ils s'exposent en ne les prenant pas, c'est la chance de ne pas prouver la société. Les déclarer non recevables à faire cette preuve, ce serait porter une atteinte grave à la bonne foi et à la confiance, sans lesquelles il n'y a pas de commerce possible; donner une prime à la cupidité et à la fraude, puisque les associés pourraient, en célant leur acte

*[1] Voy. Req. 23 févr. 1875, J. P. 1876, 1190, et la note.

social, se soustraire à leurs engagements. Une pareille immoralité ne pouvait trouver place dans la loi.

Ainsi, la position des créanciers vis-à-vis des associés est aussi nette que possible. Il suffit que la société ait existé de fait, pour qu'ils soient en droit d'en revendiquer contre ces derniers les effets tels qu'ils résultent du droit commun. Ils peuvent, de plus, en cas de dénégation de l'existence de la société, la prouver par témoins et, dès lors, par des présomptions graves, précises et concordantes.

720. — Mais il n'en est pas de même des créanciers sociaux à l'endroit des créanciers particuliers de chaque associé. On sait que l'actif social est affecté par privilège aux premiers, et que les seconds ne sont payés qu'en cas d'excédant et seulement sur la part et portion de leur débiteur. Celui-là donc qui, débiteur actuel, contracte une société, en nom collectif surtout, enlève à ses créanciers le gage de leur créance, qu'il affecte par privilège à ceux qui traiteront plus tard avec la société.

Un pareil résultat serait une monstruosité s'il pouvait être atteint sans que ceux qu'il tend à dépouiller eussent été mis à même de l'empêcher. Or, cette mise en demeure ne peut résulter que la publication de la société. Ainsi avertis du danger qui les menace, les créanciers personnels des associés futurs pourront faire procéder à la liquidation et prendre toutes les mesures qu'ils croiront nécessaires à la conservation de leurs droits.

Conséquemment, si l'acte de société n'a reçu aucune publicité, si aucune des formalités voulues par la loi n'a été remplie, la société est nulle comme étant faite en fraude des créanciers, et l'effet de cette nullité est de laisser intacts les droits que la société avait pour but de détruire.

Cela n'a jamais été douteux des créanciers personnels aux associés. Le défaut de publication, imputable à chacun de ces associés, les rend non recevables à en repousser les conséquences.

Mais on s'est fait plus de difficulté lorsque les créanciers personnels se trouvent en présence des créanciers sociaux.

On a dit, dans l'intérêt de ceux-ci, que la nullité ne produit pas d'effet rétroactif, qu'elle n'efface pas le passé pendant lequel ont pu être faits des actes de bonne foi; que la disposition de l'article 42 du Code de commerce a été dictée par cette considération que la foi publique ne pouvait point être trompée et qu'on ne pouvait point enlever aux tiers, qui s'étaient confiés en l'apparence, les garanties qu'ils avaient espérées; qu'admettre que si le défaut de publicité ne peut être opposé par les associés, il le peut être par leurs créanciers personnels, c'est retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre. C'est, contre le texte même de l'article 42, faire prévaloir la forme sur le fond, l'écrit et les formalités de publication sur le contrat dont ils ne sont que l'accessoire.

Sans doute entre associés la nullité n'affecte que l'avenir, surtout par cette considération que l'associé, en ne réclamant pas, a légalement consenti à tout ce qui s'est fait. Conséquemment, et lorsque plus tard il change d'avis et poursuit la nullité, ce changement ne prouve pas qu'il n'ait pas volontairement accepté le passé. Tout ce qui s'en induit, c'est qu'il ne consent plus pour l'avenir; il est donc rationnel de ne pas confondre ce passé et cet avenir; de laisser le premier produire tous ses effets sous l'empire de ce consentement dont l'existence tacite est au moins incontestable.

Il y a donc eu, dans cette hypothèse, une société de fait, dont la liquidation profite ou nuit à toutes les parties intéressées, surtout à celles qui ont toléré et encouragé ce qu'elles pouvaient empêcher.

Or telle n'est pas incontestablement la position des créanciers personnels de la société; étranger à l'acte de société, ils n'ont pu s'opposer à ce qu'il fût consenti, ni surtout veiller à leurs intérêts. Ils sont légalement présumés en ignorer l'existence, ils ne peuvent être tenus de l'attaquer qu'à l'instant où, en le leur opposant, on prétend en profiter à leur détriment. Mais quelle serait l'importance de ce droit qu'on ne leur conteste pas, si la nullité, qu'ils ont la faculté de demander, laissait le passé en dehors de toute atteinte, c'est à dire consommait la spoliation?

Par la force des choses mêmes, la nullité que le créancier personnel fait prononcer remonte donc à l'origine de l'acte de société. Ce n'est que de cette manière que son action aura pour lui des effets utiles. Si le passé était maintenu, si le privilège des créanciers sociaux demeurait acquis par le fait de l'association, on arriverait à ce résultat que l'action du créancier, ne pouvant être exercée qu'après la société, s'ouvrirait juste au moment où le mal, qu'elle a pour objet d'empêcher, serait consommé.

D'ailleurs entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels, qui sont les uns et les autres de véritables tiers, il n'y a pas à hésiter. Les premiers ont pu vérifier la condition légale de leur débiteur, et s'il s'en sont fiés à l'apparence, ils ont imprudemment agi. Que cette imprudence ne soit jamais un titre pour les associés, on le comprend, mais les tiers ont le droit de s'en prévaloir. Les seconds, au contraire, sont au-dessus de tout reproche,

ils ne pouvaient en effet ni prévoir, ni empêcher que leur débiteur contractât une société. Il est donc juste que, par rapport à eux, cette société devant les dépouiller soit revêtue de toutes les formes prescrites par la loi. En effet, la publicité donnée à celle-ci eût suffi pour éveiller leur attention et éviter la spoliation les menaçait. Consommer cette spoliation, lorsqu'ils n'ont pas même été avertis, ce serait consacrer une iniquité et encourager la fraude.

Nul doute en effet qu'une société clandestine ne doive être considérée comme faite en fraude des créanciers personnels des associés. Le droit de ces créanciers à la faire annuler se puise donc dans l'article 1167. Il n'est donc pas exact de dire que, consacrer ce droit c'est retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre; dans son exercice, les créanciers n'étant nullement les ayants cause de leurs débiteurs.

L'évidente justice de la solution que nous indiquons l'a faite consacrer par la doctrine et la jurisprudence [1]. Elle est aujourd'hui hors de toute contestation [2].

720 *bis*. — L'article 854 du Code Napoléon dispense du rapport pour les associations faites sans fraude [3] entre le

[1] Merlin, *Questions de droit*, v° Société ; Troplong art. 1862, n° 857 et suiv.; — Delangle, sur l'art. 42, n° 547; — Cass., 13 février 1821, et autres arrêts cités par ces auteurs.

* [2] Quelque auteurs décident que les créanciers personnels ne peuvent opposer la nullité aux créanciers sociaux. Ils ne doivent pas, disent-ils, avoir plus de droit que leurs débiteurs (art. 1166 C. civ.) — *Voy.* Bravard, I, p. 194 et 195. — Cette opinion n'est pas, en général, adoptée par la doctrine et la jurisprudence. — *Voy. nos Répétitions sur le Code de commerce, p.*140, 8e *édition*; Req. 13 févr. 1855, D. 55, I. 308.

* [3] Sur le sens des termes *associations faites sans fraude* de l'art. 854, voyez les diverses interprétations de Toullier (IV, 474) ;

défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. Donc le législateur considère comme entachées de fraude les associations pour lesquelles cette condition n'a pas été remplie.

En effet, ainsi que nous l'avons démontré ailleurs[1], l'exigence de l'article 854 a pour objet, non pas précisément la certitude de la date, mais la sincérité de l'acte, et la constatation de la liberté du consentement du père. Le défaut d'acte authentique fait craindre un abus de la part du fils, et c'est cette crainte qui a éveillé la sollicitude du législateur, et l'a déterminé à faire de l'authenticité de l'acte la condition de sa validité.

Donc les auteurs qui ont soutenu que l'article 854 comportait des équipollents, et que la condition qu'il exige était suppléée par l'enregistrement de l'acte sous seing privé et son dépôt au greffe du tribunal de commerce se sont trompés et ont méconnu le véritable caractère de l'article. C'est ce que la Cour de Cassation avait expressément jugé le 20 janvier 1842[2].

Depuis, la Cour suprême, loin de déserter cette jurisprudence, comme on le supposait, l'a au contraire de nouveau formellement consacrée. Ainsi elle jugeait, le 29 décembre 1858, que les bénéfices qu'un héritier a retirés d'une société par lui formée, même sans fraude, avec le défunt, doivent être rapportés à la succession par cela seul que l'existence de cette société n'est pas établie dans la forme authentique.

Duranton (VII, 327, 329, 339), et Merlin, *Quest. de dr.* v° donation, § 5, n° 3 ; Aubry et Rau VI, § 631 note 29; Demolombe, XVI, 367; Laurent, X, 613.

[1] Notre *Commentaire des sociétés*, n° 350 *bis*.

[2] *Journal du Palais*, t. I, p. 113, 1842.

C'est ce que la Cour d'Aix avait jugé, et son arrêt était déféré à la Cour de Cassation comme violant les articles 853 et 854 du Code Napoléon. Il est vrai, disait-on, que les conditions de la société n'avaient pas été réglées par acte authentique. Mais l'acte sous seing privé ayant été enregistré, publié et déposé au greffe du tribunal de commerce, ces formalités lui avaient imprimé le caractère authentique.

Mais la Cour régulatrice rejette le pourvoi, « attendu que la condition de la dispense du rapport au cas d'une société qui aurait été formée entre le défunt et le successible, est la production d'un acte authentique établissant l'existence de cette société ; d'où il suit que faute de production d'un pareil acte, toute société attaquée doit être considérée comme n'ayant pas existé à l'égard du partage des bénéfices sociaux que l'héritier avantagé voudrait opposer comme exception à la demande de rapport.[1] »

Cette doctrine que nous avions adoptée à l'exemple de MM. Delvincourt et Delangle, a obtenu l'assentiment de M. Demolombe. « Peu importe, dit cet éminent jurisconsulte, que l'acte sous seing privé ait été enregistré, car il ne s'agit pas seulement ici de lui procurer une date certaine, il s'agit d'en prévenir la suppression (danger contre lequel l'enregistrement n'est pas une garantie) et de permettre aux intéressés d'en demander la représentation afin d'examiner et d'étudier dans l'acte même les clauses souvent compliquées de l'association.

» Peu importe aussi que l'acte social sous seing privé ait été publié et affiché conformément aux articles 43 et 44 du Code de commerce, car ce n'est qu'un extrait de l'acte

[1] *Journal du Palais*, 1895, 901.

qui est affiché. Or les énonciations que l'extrait doit contenir seraient certainement insuffisantes pour permettre aux intéressés de découvrir si les clauses et les combinaisons adoptées dans l'acte social en ce qui concerne la répartition des profits et pertes, n'ont pas eu pour but et pour résultat de procurer un avantage indirect au successible aux dépens de son auteur. [1] »

Les motifs de la condition que l'article 854 met à la dispense du rapport, ne peuvent être ni le danger de la disparition de l'acte sous seing privé, ni la crainte que l'extrait publié et affiché ne suffise pas pour éclairer les intéressés, car dans tous les cas le successible qui se prétendra associé sera bien obligé de justifier sa prétention par la production du titre qui lui confère cette qualité. Donc l'exigence de l'article 854 n'a pas d'autre cause que celle que nous indiquons, à savoir la garantie par le concours de l'officier public ou du fonctionnaire que le père a agi en pleine liberté et connaissance de cause, en d'autres termes la présomption qu'il n'en a pas été ainsi lorsque ce concours n'a pas été requis.

De l'arrêt de la Cour de cassation il résulterait que cette présomption est *juris et de jure*, et n'admettrait pas la preuve contraire. Cependant, dans cette espèce, la Cour d'Aix avait admis que tout en ordonnant le rapport on peut accorder au successible une indemnité à raison de ses peines et soins pendant la durée de la société.

Ce principe ne va à rien moins qu'à retirer aux ayants droit le bénéfice de l'article 854, parce que l'indemnité à allouer sera dans certains cas l'équivalent de la part de bénéfices que le successible pourrait réclamer et qui lui

[1] *Successions*, tom. IV, n° 368 et suiv.

sera ainsi exclusivement attribuée malgré la disposition de l'article 854.

Cette supposition n'est pas aussi hasardée qu'elle peut le paraître. Une fois l'arbitraire substitué à la règle si précise de la loi, où s'en arrêtera l'effet? Bientôt on attribuera comme indemnité la totalité du bénéfice à rapporter. C'est ce que faisait en effet la Cour de Poitiers jugeant, le 2 juin 1863, que bien qu'en principe le successible soit tenu au rapport des bénéfices acquis dans une société formée entre lui et le défunt, lorsque les conditions n'en ont pas été réglées par acte authentique, les juges peuvent le dispenser de rapport s'ils reconnaissent en fait que les sommes représentant ces bénéfices ne sont que la juste indemnité, soit de son concours aux affaires sociales, soit des risques commerciaux courus par ses capitaux.

Cette doctrine n'est en réalité qu'une abrogation formelle de l'article 854, puisque dans tous les cas le successible aura donné son concours à la société, et qu'il dépendra souverainement du juge de l'en récompenser en le dispensant du rapport.

Qu'importe qu'à ce concours soit réunie une avance de fonds ? où est la garantie que ces fonds n'ont pas été donnés par le défunt lui-même. D'ailleurs la nullité de la société ne détruit et ne modifie en rien le compte particulier du successible, et en lui tenant compte de l'intérêt au 6 °/₀ des fonds par lui avancés, ce compte lui accorde la seule indemnité à laquelle il puisse légitimement prétendre.

Cependant la Cour de Cassation, par arrêt du 17 août 1864, rejette le pourvoi dont l'arrêt de la Cour de Poitiers avait été l'objet : « Attendu que les produits d'une « association entre les successibles et l'auteur commun

« ne sont sujets à rapport aux termes de l'article 854 du « Code Napoléon, qu'autant qu'ils constituent des libé- « ralités, et que l'arrêt attaqué a nettement déclaré dans « l'espèce qu'ils n'avaient pas ce caractère et n'étaient « qu'une juste indemnité soit du concours donné au com- « merce, soit des risques que pouvaient courir les capi- « taux du successible. [1] »

La Cour suprême se considère comme liée par cette interprétation de fait. Nous la considérons, nous, comme la violation la plus expresse de l'article 854. En effet, que ce soit à titre de libéralité, que ce soit à tout autre titre, cet article impose le rapport par cela seul que la condition qu'il exige n'a pas été remplie, et cette disposition impérieuse est insusceptible de tempéraments et n'en comporte aucun. En conséquence, dispenser du rapport sous un prétexte quelconque en l'absence d'un acte authentique, c'est autoriser ce que la loi prohibe formellement.

On objecte qu'il serait souverainement injuste de priver le successible de la rémunération due à son travail et au concours qu'il a donné à la société, et qu'il ne profitât pas des avantages que celle-ci a retiré des fonds par lui versés, au risque de les perdre en totalité ou en partie.

Mais l'injustice est le fait unique du successible qui l'allègue. La loi lui donnait le moyen de la prévenir, et il l'aurait efficacement prévenue en remplissant le devoir qui lui était imposé. Il ne peut donc être admis à se plaindre du résultat de sa négligence à obéir aux prescriptions de la loi.

En résumé l'absence de l'acte authentique prouve aux yeux de la loi le caractère frauduleux de l'association. Elle

[1] *J. du P.*, 1864, 268.

n'accepte comme garantie de la sincérité de la convention que le concours de l'officier ou du fonctionnaire public. Donc dispenser du rapport en l'absence de ce concours c'est méconnaître l'esprit et le texte de l'article 854.

N'est-ce pas ce que la Cour de Cassation déclarait elle-même dans son arrêt du 29 décembre 1858? Et s'il est vrai que *le principe du rapport a été posé par la loi comme une conséquence du principe de l'égalité dans les partages des successions;* s'il est vrai *que la loi a pris soin de déterminer les cas où le rapport devait avoir lieu, et les cas où les héritiers en étaient dispensés, et que la condition de la dispense du rapport au cas d'une société qui aurait été formée entre le défunt et le successible, est la production d'un acte authentique établissant l'existence de cette société,* la seule conclusion logique et juridique est qu'à défaut de cet acte, la dispense du rapport ne saurait être accordée sous aucun prétexte [1].

La société avec un successible dont les conditions ont été réglées par acte authentique est présumée sérieuse et sincère. Mais elle peut être attaquée comme fraudu-

* [1] En principe, l'authenticité requise par l'art. 854 pour que le successible soit dispensé du rapport de sa part des bénéfices ne peut être suppléée ni par l'enregistrement de l'acte de société, ni par la publication et l'affiche de cet acte dans leurs formes déterminées par la loi. *Voy.* Delvincourt, II, p. 218; Delangle, 11.523; Demolombe, XVI, 370; Laurent, X, 614; Civ. cass. 26 janvier 1842., Sir. 42, I, 114; 29 déc. 1858, Sir. 59, I, 600. — *Contra,* Duranton, VII, 340 et 341; Taulier, III, p. 353. Mais le successible qui, lorsque l'acte de société n'est pas authentique, serait obligé au rapport de sa part des bénéfices, pourrait, selon les circonstances, être recevable à réclamer une indemnité pour sa collaboration aux affaires sociales, et la bonification des intérêts des sommes par lui réellement versées dans la société. *Voy.* Req. 19 nov. 1861, Sir. 62, I, 145; 17 août 1864, Sir. 65, I, 121.

leuse. Dans ce cas, c'est à ceux qui allèguent la fraude à en prouver l'existence, ce qu'ils peuvent faire par témoins et par présomptions.

721. — De nombreux exemples de fraude présumée nous sont offerts par la loi sur les faillites. Evènement capital dans la vie commerciale, la faillite place le négociant dans une position exceptionnelle, et l'expose à toutes les exigences soit de son propre intérêt, soit de celui de certains créanciers désireux de se soustraire au naufrage.

Cette position appelait l'intervention énergique de la loi. Il importait dans tous les cas d'assurer la dépossession entière du failli, l'égalité absolue entre les créanciers. Tout acte, tendant à éluder l'un ou l'autre, constitue donc une fraude punissable tantôt par la voie correctionnelle ou criminelle, tantôt par la juridiction civile seulement.

Nous n'avons pas à nous occuper de la banqueroute; nous nous bornerons donc à dire quelques mots de la fraude purement civile.

C'est surtout aux approches de la faillite que cette fraude surgit. Les actes faits depuis la cessation des paiements ou dans un temps voisin en fourniront quelquefois de nombreux exemples.

722. — D'après notre Code de commerce ancien, le désinvestissement du failli remontant de plein droit au jour de la cessation des paiements, tous les actes faits depuis cette cessation ou dans les dix jours qui l'avaient précédée étaient présumés frauduleux. Mais cette présomption n'allait pas jusqu'à exclure la preuve contraire.

La loi de 1838 a déserté ce système. Le désinvestissement du failli ne date plus que du jour du jugement déclaratif; jusque là donc le failli a joui de tous ses droits, pu exercer ses actions et continué légalement l'administration de ses affaires. Mais cette capacité n'est respectée qu'autant que ses effets auront tourné à l'intérêt général des ayants droit; qu'autant surtout que le failli n'en aura pas abusé, soit dans son intérêt ou celui de ses proches, soit en faveur de quelques créanciers au détriment de la masse.

De là une première distinction. Les actes faits par le failli seront antérieurs ou postérieurs au jugement déclaratif. Ces derniers sont de plein droit présumés frauduleux et comme tels annulés, quelle que soit la bonne foi de ceux qui ont contracté avec lui.

723. — On distingue ensuite, pour les actes antérieurs, ceux qui ont précédé de plus dix jours la cessation réelle de paiements, de ceux qui ont été faits depuis ou dans les dix jours. Les premiers sont présumés sérieux et sincères, ils doivent, en conséquence, produire tous leurs effets, sauf la faculté pour les créanciers de les attaquer comme ayant été faits en fraude de leurs droits, ce qu'ils sont tenus de prouver en la forme ordinaire.

724. — Les actes faits dans les dix jours de la cessation ou depuis sont présumés frauduleux. Mais l'effet de cette présomption se renferme dans les hypothèses formellement énoncées dans l'article 446 du Code de commerce.

Ainsi sont de plein droit présumés frauduleux, tous actes translatifs de propriété mobilière ou immobilière à titre gratuit;

Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues; et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce;

Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement sur les biens du débiteur, pour dettes antérieurement contractées.

La nature de ces actes en indique suffisamment le caractère. Elle prouve chez le failli la volonté de diminuer ou d'anéantir son actif au préjudice de la masse, tout au moins le désir de blesser l'égalité devant régner entre les créanciers; chez ceux qui ont traité avec lui, la volonté de se soustraire à un danger dont ils connaissent et apprécient l'imminence. C'est du moins ainsi que le législateur l'a admis, puisqu'il prononce la nullité absolue de tous ces actes.

Il y a également fraude présumée dans le fait du créancier qui, ayant obtenu une hypothèque valable, n'en a requis l'inscription que plus de quinze jours après la date de l'acte constitutif. La discussion législative de l'article 448 nous apprend qu'on a voulu atteindre par sa disposition un abus contre lequel le commerce n'avait pas cessé de réclamer. Un commerçant, obligé de conférer des hypothèques sur ses biens et voulant ne subir aucune atteinte dans son crédit, obtenait que l'hypothèque ne fût pas publiée, puis la déconfiture arrivant, des inscriptions nombreuses faisaient évanouir cet actif sur l'apparence duquel cependant le public avait traité. C'est ce calcul que le législateur a voulu détruire en n'accordant qu'un délai fort court pour réaliser l'inscription des hypothèques valablement conférées, c'est son existence qu'il présume dès que ce délai n'a pas été mis à profit.

Mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire. Le défaut d'inscription peut tenir à des obstacles réels, sérieux, à une force majeure que le créancier n'a pu ni prévoir ni empêcher. Dans chacune de ces hypothèses, il y aurait injustice à punir le créancier d'une faute qui n'est pas son fait. Dès lors la preuve acquise de l'une d'elles ferait fléchir la rigueur de la loi. C'est dans ce sens que l'article 448 se borne à dire que l'inscription prise près la quinzaine, augmentée du délai des distances, *pourra être annulée* [1].

SECTION 1re.

PREUVE DE LA FRAUDE NON PRÉSUMÉE.

SOMMAIRE.

725. Excellence de la preuve littérale.
726. Par quels éléments doit-on décider la question de la recevabilité de la preuve testimoniale.
727. Exceptions au principe de l'article 1341 du Code civil.
728. La partie qui n'a pas connu la fraude dont elle est victime n'a pu se procurer une preuve écrite.
729. Il n'en est pas de même pour la fraude concertée. — Effets de celle-ci à l'endroit des tiers et des parties elles-mêmes.
730. Dans tous les cas la preuve orale devient admissible, s'il existe un commencement de preuve par écrit.
731. Définition du commencement de preuve : par l'ancienne doctrine ; par le Code civil.

[1] V. au surplus notre *Commentaire sur la loi des faillites*, art. 446 et suiv.

732. Nature de la règle posée par l'article 1347 du Code civil. — Exceptions dont elle est susceptible.

733. Droit ancien relativement aux livres et registres des marchands.

734. Confirmé par le Code.

735. Les copies des titres peuvent créer un commencement de preuve par écrit. — Motif de cette exception.

736. Du principe que l'article 1347 n'est que démonstratif, la jurisprudence a tiré de nombreuses exceptions à la rigueur de ses termes.

737. 1re exception. Interrogatoire des parties.

738. 2me exception. Aveu de la partie.

739. 3me exception. Déclarations contradictoirement fournies à l'audience.

740. Peut-on diviser les aveux et déclarations lorsqu'il ne s'agit que de la vraisemblance du fait allégué ?

741. Mais la règle de l'indivisibilité de l'aveu reprend son empire lorsqu'il s'agit de dépôt excédant 150 fr.

742. 4me exception. Refus de comparaître ou de répondre. — Obscurité calculée des réponses.

743. Les aveux et déclarations faits en justice de paix produisent les mêmes effets que ceux donnés devant les tribunaux ordinaires.

744. La loi exige seulement que les écrits émanent de la partie. Conséquences quant à la forme.

745. L'écrit non reconnu ne peut créer un commencement de preuve qu'après sa vérification.

746. Diverses catégories dans lesquelles se placera nécessairement l'écrit dont il sera excipé.

747. Dans celle des écrits rédigés mais non signés par la partie, se placent les livres et registres des marchands.

748. La règle tracée par l'article 1330 est-elle applicable lorsqu'il s'agit de rechercher le commencement de preuve ?

749. Dans la seconde catégorie se placent les écrits non conformes aux dispositions des articles 1325 et 1326 du Code civil.

750. Sévérité de l'ancienne jurisprudence à l'endroit des premiers. — Critique et blâme dont elle avait été l'objet.
751. Décision du Code civil; son véritable caractère.
752. L'acte non fait, ou ne mentionnant pas qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, peut créer le commencement de preuve par écrit.
753. Opinion contraire de M. Duranton. — Réfutation.
754. La règle applicable dans le cas de l'article 1325 doit être également appliquée à celui de l'article 1326.
755. *Quid* si l'obligation écrite par le débiteur ne porte pas sa signature ?
756. L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officiel qui l'a reçu ou pour violation des formes, vaut comme sous seing privé.
757. Il peut dès lors servir de commencement de preuve, s'il est signé par les parties.
758. Le commencement de preuve peut résulter d'une lettre missive. — Exemples.
759. L'écrit émané de l'auteur de la partie produit contre elle le même effet que celui dont elle serait l'auteur.
760 L'écrit émané du mandataire oblige le mandant dont il est censé émaner.
761. Arrêt de la Cour de Toulouse faisant résulter le commencement de preuve des registres d'un notaire.
762. Résumé.
763. La preuve par témoins n'est pas admissible lorsque la fraude *contractu in contractum* cache une simulation licite.
764. Exception lorsqu'il s'agit de la révocation légale ou de la réduction d'une donation sous forme d'un contrat à titre onéreux.
765. La preuve orale est admissible lorsque la fraude déguise une convention illicite.
766. Exemples fournis par la jurisprudence.
767. L'admissibilité de la preuve par témoins rend admissible la preuve par présomptions.
768. Définition des présomptions. — Conséquences.

769. Existe-t-il, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement en décéler l'existence?

725. — Hors les cas exceptionnels que nous venons de parcourir, la fraude n'est jamais présumée. Son existence doit être prouvée par celui qui l'allègue.

La preuve littérale est certainement la plus efficace, la plus décisive de toutes les preuves. Mais, il faut bien le reconnaître, elle n'existera que dans des cas exceptionnels et fort rares. Telle n'est pas, en effet, l'allure habituelle de la fraude; elle se garde bien de laisser après elle des traces rendant sa découverte évidente et sa répression certaine.

726. — Le plus souvent donc c'est à la preuve testimoniale qu'on sera obligé de demander et cette existence et cette répression. Il convient, dès lors, de rechercher dans quels cas et à quelles conditions ce mode de preuve pourra et devra être admis.

Cette recherche reconnaît pour bases essentielles les dispositions combinées des articles 1341, 1347 et 1348 du Code civil. Le premier renferme la prohibition formelle de la preuve orale lorsqu'il s'agit d'un intérêt supérieur à 150 fr. Nous avons déjà donné l'historique de cette disposition; nous n'avons donc, quant à ce, qu'à nous en référer à nos précédentes observations. [1]

727. — Mais cette prohibition reçoit exception, notamment lorsqu'il existe un commencement de preuve par

[1] Voy. *supra* nos 239 et suiv.

écrit ou lorsque le poursuivant a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite.

728. — Dans cette dernière catégorie se placent naturellement ceux qui se prétendent victimes d'une fraude accomplie contre eux sans leur participation et sans leur concours. Une fraude de ce genre est un véritable dol. La preuve testimoniale, toujours admissible pour celui-ci, le sera également pour celle-là, que nous avons déjà dit s'appeler la fraude *de re ad rem.* [1] Il est, en effet, évident que celui qui n'a connu la fraude que par le préjudice qu'il en éprouve, a été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite, et se place conséquemment dans l'exception consacrée par l'article 1348.

729. — Il n'en est pas de même de la fraude *de persona ad personam*, c'est-à-dire de la simulation concertée entre les parties à l'effet de nuire et de préjudicier aux droits des tiers. Ici il faut distinguer entre ces tiers et les parties elles-mêmes.

L'article 1167 tranche la question à l'égard des premiers en les autorisant à attaquer directement l'acte frauduleux. La conséquence de cette action directe est l'admissibilité de la preuve testimoniale, sans laquelle cette action ne saurait aboutir, et dont le refus serait absurde. En effet, qui veut la fin veut les moyens; refuser ceux-ci serait d'autant plus injuste dans la circonstance, qu'étrangers à l'acte, les tiers exposés à subir ne pouvaient même le prévoir; qu'on ne saurait donc équitablement leur repro-

[1] Vid. *supra*, n° 642.

cher l'absence d'une preuve écrite qu'ils n'ont jamais été dans le cas de se procurer.

Mais telle n'est pas évidemment la position des contractants. [1] Leur présence forcée à l'acte, leur concert frauduleux les a mis à même de se procurer la preuve écrite du véritable caractère de leur accord. Sans doute l'intention d'assurer le succès de la fraude est exclusive de l'idée d'insérer dans l'acte la constatation de cette fraude; mais ce qui ne pouvait s'accomplir de cette manière, pouvait l'être par une contre-lettre séparée et distincte. Ce devoir, imposé par la loi, était conseillé par la prudence. La partie qui a négligé de le remplir a d'autant plus de tort, qu'il lui était facile de prévoir que celui qui ne recule pas devant l'indélicatesse de s'associer à une fraude contre un tiers, pourrait être assez déloyal pour tenter de s'en appliquer personnellement le bénéfice.

Donc, le complice de la fraude ne pourra invoquer la preuve testimoniale non seulement contre les tiers, mais encore contre son complice. Sa prétention, à cet égard, serait invinciblement repoussée en force de la maxime *nemo auditur*, etc.... Mais, comme nous l'avons déjà dit [2] cette solution n'est rationnellement admissible que dans l'hypothèse où le porteur du titre, se retranchant derrière sa teneur, en soutient la complète sincérité. Si, désertant ses énonciations, il est obligé de puiser les preuves de la réalité de l'obligation ailleurs que dans le titre même, le demandeur devrait être admis à discuter ces preuves et à les détruire même par la preuve orale. L'aveu de l'insuffisance du titre, rendant la simulation vraisemblable,

* [1] *Voy.* note sous le n° 247, p. 232, 1er vol.

[2] V. *supra*, n° 251.

serait justement invoqué comme un commencement de preuve par écrit, constituant, aux termes de l'article 1349, une exception à la prohibition de la preuve testimoniale.

730. — De tous temps, en effet, le commencement de preuve a produit ce résultat. C'est ce qu'avaient formellement reconnu les ordonnances de 1566 et 1667. Il est vrai que la première ne désignait pas nommément le commencement de preuve, mais, à défaut du nom, elle renfermait évidemment la chose dans cette disposition : *N'entendant exclure les preuves des conventions particulières et autres qui seraient faites par les parties sous leurs seings, sceaux et écritures privées.*

731. — Aucune de ces ordonnances n'avait toutefois défini le commencement de preuve. La doctrine, suppléant à ce silence, le faisait résulter de *tout acte ou écrit, d'où il ressort quelque preuve, quoique non suffisante : Ex qua nonnulla probatio elici potest* [1]. L'appréciation de l'un et de l'autre, de leurs caractères, de leurs conséquences, était souverainement laissée à l'arbitrage des juges [2].

Le Code civil a comblé la lacune de la législation précédente. L'article 1347, en déclarant le commencement de preuve exception à la prohibition de la preuve testimoniale, le définit : Tout écrit émané de la partie à qui on l'oppose ou de celui qu'elle représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. L'appréciation des tribunaux se

[1] Boisceau, I, 2, ch. I, nos 3 et 4; — Jousse, sur l'art. 8, tit. XX; — Ord. de 1667.

[2] Cass., 9 février 1801, 16 août 1831.

trouve donc circonscrite aujourd'hui dans ces limites, en ce sens qu'après avoir déclaré que l'écrit émane de la partie ou de son auteur, qu'il rend le reproche vraisemblable, ils ne pourraient le récuser comme commencement de preuve.

732. — Mais l'article 1347 ne défend pas d'admettre tout autre document, c'est-à-dire que la règle qu'il pose est susceptible de recevoir des exceptions. Ces exceptions sont consacrées les unes par la loi, les autres par la jurisprudence.

733. — La première exception légale concerne les registres et livres des marchands. En règle ordinaire, ces livres ne peuvent faire foi contre les tiers ; était-il juste cependant de leur refuser toute autorité, même celle de créer un commencement de preuve.

En présence des termes formels de l'article 1347, cette question n'en était pas une. Évidemment les livres du marchand ne sont pas émanés de la partie à qui ce marchand les oppose. Ils manquent donc d'une des conditions essentielles exigées par notre article.

Mais le commerce vit de crédit, et il n'est pas dans ses usages, surtout pour les ventes à la consommation, d'exiger une reconnaissance, dont la soucription d'ailleurs serait dans bien des cas impossible, tous les consommateurs ne sachant pas lire ou écrire. La fortune du marchand serait donc à la merci de ses pratiques, s'il suffisait d'une dénégation pour être à tout jamais libéré.

Ce résultat inique avait touché notre ancien droit et l'avait déterminé à se relâcher de la rigueur du principe suivant lequel nul ne peut se créer un titre à soi-même.

En conséquence, adoptant la règle tracée par la Loi 6, Cod. *De probatione*, à l'endroit des registres domestiques, nos anciens jurisconsultes, et notamment l'illustre Dumoulin, admettaient que les livres des marchands ne pouvaient suffire seuls pour faire condamner les tiers, mais qu'appuyés par d'autres présomptions, ils devaient être considérés comme un commencement de preuve, autorisant le juge à déférer le serment supplétoire.

734. — Cette doctrine, recommandable sous tous les rapports, a été consacrée par le Code. La faculté de déférer le serment supplétoire est formellement inscrite dans l'article 1329. Or, aux termes de l'article 1367, cette faculté n'existe qu'aux conditions suivantes : 1° que la demande ne soit pas pleinement justifiée ; 2° qu'elle ne soit pas entièrement dénuée de preuve.

De la combinaison de ces deux articles, il résulte qu'à son tour la législation qui nous régit n'admet pas que les livres soient considérés comme un titre suffisant et légitime : *Solas sufficere non posse*. Mais elle voit dans leur existence une présomption assez grave pour faire naître le doute, créer une vraisemblance qu'il convient de creuser, et rendre admissible la preuve testimoniale. Notons bien, en effet, que le serment supplétoire ne peut être ordonné que dans les cas où la preuve testimoniale est recevable [1]. Dire qu'on peut déférer celui-ci, c'est par cela même déclarer qu'on peut recourir à celle-là. Autrement il serait vrai que, pouvant le plus, le juge ne pourrait pas le moins.

Donc les livres des marchands peuvent créer en leur

[1] Cass., 2 mai 1810.

faveur un commencement de preuve, à condition toutefois, comme le disait Dumoulin, que d'autres présomptions viendront en corroborer l'autorité. Ces autres présomptions exigées par Dumoulin étaient en première ligne : la moralité du marchand et la régularité de ses livres ; ensuite la modicité de la somme, la vraisemblance de la fourniture, sa proportionnalité avec la fortune et la dépense accoutumée du débiteur, l'habitude de celui-ci de prendre à crédit, etc... Ce sont là en effet autant d'éléments qu'on ne pourrait refuser d'apprécier.

Notons cependant que déférer le serment supplétoire ou ordonner une preuve orale n'est jamais pour le juge qu'une pure faculté, dont il peut user ou non, suivant qu'il le juge utile ou convenable. Conséquemment le refus, qu'il en ferait dans telle ou telle circonstance, pourrait bien être réformé comme un mal jugé par la juridiction de second degré, mais il ne saurait dans aucun cas constituer une violation de la loi susceptible d'être censurée par la Cour de Cassation [1].

*[1] Peut-on conclure de l'art. 1329, qui autorise la délation du serment supplétoire, que le juge est également autorisé à admettre la preuve testimoniale des fournitures faites par le commerçant à un non-commerçant? Nous ne le pensons-pas. L'art. 1329 ne renferme pas une exception à la règle posée par le second alinéa de l'art. 1347. Si l'art. 1329 attribue aux livres des marchands la force d'un commencement de preuve, qui autorise la délation du serment supplétif, il ne leur attribue pas le caractère d'un commencement de preuve par écrit, qui autorise l'admission de la preuve par témoins. La solution contraire étendrait au delà de ses termes une dérogation au droit commun. *Voy.* en ce sens, Marcadé, sur l'art. 1329, n° 2; Larombière, IV, art. 1329, n° 16; Demolombe, XXIX, 609 et 610; Boncenne, IV, p. 184-186; Laurent, XIX, 339; Req. 30 avril 1838, Sir. 38, I, 437. — *Contrà*, Toullier, VIII, 369.

735. -- Voilà donc une hypothèse où le commencement de preuve se puise dans un écrit n'émanant ni de la partie, ni de son auteur. Nous allons en rencontrer d'autres dans les articles 1335 et 1336 du Code civil.

Le premier s'occupe des copies des titres; celles qui ont été tirées par l'autorité des magistrats, parties présentes ou dûment appelées, ou qui l'ont été en présence des parties et de leur consentement réciproque, font foi entière de leur contenu.

Celles tirées sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu ou par un de ses successeurs, ou par officiers publics dépositaires des minutes, *peuvent* faire foi quand elles sont anciennes, c'est-à-dire quand leur délivrance remonte au delà de trente ans.

Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit.

Enfin les copies tirées, sur la minute de l'acte, par tous autres que le notaire, ses successeurs, ou l'officier public dépositaire de la minute, ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

D'autre part, l'article 1336 dispose que la transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que comme un commencement de preuve par écrit, pourvu cependant qu'elle réunisse les conditions exigées.

En réalité, l'acte public procède plutôt de son rédacteur que de la partie elle-même. Cependant l'acte, portant la signature de celle-ci ou la mention qu'elle n'a pu ou su signer, fait pleine foi en sa faveur ou contre elle; or une copie rendant l'existence de l'acte probable, malgré qu'on ne puisse plus le représenter, il n'était pas juste

de s'arrêter à l'imperfection de la copie, et de repousser toute investigation ultérieure. Le législateur a donc justement agi en refusant à la copie toute l'autorité que le titre offrirait, mais en lui faisant toutefois produire l'effet d'un commencement de preuve.

Dans leur exécution, les prescriptions des articles 1335 et 1336 présentent les mêmes caractères que celles de l'article 1329. Ainsi, en ce qui la concerne, l'indépendance du juge reste entière et il peut toujours, si la vraisemblance créée par la copie qui paraît dès maintenant détruite par des vraisemblances contraires, refuser de prolonger un litige pouvant immédiatement recevoir une solution définitive.

736. — Ainsi la loi assimile, dans les articles 1335 et 1336, à l'écrit émané de la partie, l'acte susceptible de faire foi contre elle. Ce principe, fondé sur la règle que l'article 1347 n'est que démonstratif, a reçu en jurisprudence de notables développements.

On a fait résulter le commencement de preuve par écrit : 1° de l'interrogatoire sur faits et articles ; 2° des aveux judiciaires ou extrajudiciaires ; 3° des déclarations contradictoires fournies à l'audience ; 4° du refus de comparaître et de l'obscurité calculée des réponses.

737. — 1° Interrogatoire sur faits et articles.

En la forme, l'interrogatoire est un acte public et authentique. Il est reçu par un magistrat, signé par la partie ou mentionnant qu'elle n'a su, n'a pu ou n'a pas voulu signer. Il est donc à l'instar d'un acte notarié et il doit conséquemment faire foi de ce qu'il contient. On n'hésiterait certes pas à le reconnaître si l'interrogé convenait formellement du reproche allégué par son adversaire

pourquoi en serait-il autrement si, tout en le contestant, le premier laisse échapper des déclarations rendant ce reproche vraisemblable? La seule différence possible c'est que, dans le premier cas, il y aurait lieu à condamnation, et que, dans le second, cette condamnation sera subordonnée à la preuve que la vraisemblance du reproche fera admettre.

C'est au reste dans ce sens que la doctrine et la jurisprudence paraissent se fixer. La controverse qui s'était d'abord prononcée s'efface et disparaît devant la doctrine définitivement admise par la Cour de Cassation. [1]

738. — 2° Aveu de la partie.

Si l'interrogatoire sur faits et articles, si les déclarations faites à l'audience prennent le caractère d'un commencement de preuve par écrit, c'est en force des aveux qui y sont constatés. Dès lors on ne saurait refuser à l'aveu émané spontanément de la partie l'effet attribué à l'aveu provoqué par une de ces mesures.

Conséquemment, de quelque manière que l'aveu se produise, il y aura lieu, savoir: à condamnation, s'il porte sur le fond même du droit; à la recevabilité de la preuve testimoniale, si, portant sur des circonstances accessoires, il rend vraisemblable le fait allégué. [2]

* [1] Jurisprudence constante: Req. 11 janv. 1827; Civ. rej. 18 juill. 1827; Req. 22 août 1832, Sir. 32, I, 572; 19 mars 1835, Sir. 35, I, 392; 6 avril 1836, Sir. 36, I, 747; 19 juin 1839, Sir. 39, I, 462; 15 mars 1843, Sir. 43, I, 684; 31 mars 1848, Sir. 48, I, 427; 8 mars 1852, Sir. 52, I, 393.

* [2] Il en est ainsi des aveux consignés dans des procès-verbaux de conciliation dressés au bureau de paix. — *Voy.* Toullier, IX, 109, 120; Larombière, v. art. 1347, n° 21.

Il n'est pas même nécessaire que l'aveu se soit produit dans l'instance engagée. On pourrait, dans l'un de ces objets, invoquer utilement celui que le défendeur actuel aurait fait dans une instance précédente [1].

739. — 3° Déclarations contradictoirement fournies à l'audience.

Ces déclarations constituent de véritables aveux. Comme tels elles doivent être considérées comme constituant le commencement de preuve, si elles rendent vraisemblable le reproche allégué [2]. Mais ce qu'il importe de retenir, c'est que ces explications, purement verbales, pourraient être facilement déniées soit à une audience subséquente, soit devant le degré supérieur de juridiction; conséquemment, la partie intéressée à les invoquer plus tard doit les faire constater en requérant immédiatement acte des termes dans lesquels elles se sont produites. L'absence de cette formalité ne permettrait pas au tribunal qui les a reçues de les admettre comme commencement de preuve; dans tous les cas, l'autorité supérieure ne pourrait les accepter comme telles, alors même que les qualités du jugement, non frappées d'opposition, les mentionneraient par demandes et par réponses [3].

[1] Cass., 27 avril 1840 : — D. P., 40, 1, 212. * — *Junge* Req. 29 nov. 1842, Sir. 43, I, 421 : 3 avril, 1864, Sir. 64, I, 215: 1er août 1867, Sir. 67, I, 373.

[2] Cass.. 10 juillet 1838 : — D. P., 38, 1, 348.

[3] Montpellier, 5 juin 1839 ; — D. P., 40, 2, 66. * — Est-ce que les déclarations faites lors d'une comparution en personne des parties à l'audience ne valent comme commencement de preuve par écrit qu'autant que, sur acte requis et octroyé, elles ont ont été authentiquement constatées dès avant le jugement? Nous ne le pensons pas : il suffit qu'elles soient constatées dans les qualités ou dans les

740. — Une observation commune à tous les genres d'aveux, de quelque manière qu'ils se soient produits, c'est que, dans la recherche de la vraisemblance devant autoriser l'admissibilité de la preuve orale, l'appréciation du juge n'obéit à aucune loi, ne reconnait aucune limite. De là il suit qu'on ne saurait l'astreindre à obéir à l'indivisibilité que la loi a, dans les cas ordinaires, imprimée à l'aveu. [1]. Il suffit, en effet, que sa conscience trouve dans l'aveu la probabilité voulue par la loi, pour qu'il ait la faculté, disons mieux, le devoir d'en déclarer l'existence et d'en déduire les effets.

741. — La divisibilité de l'aveu est donc livrée à la prudence du juge. Mais cette règle reçoit une exception formelle lorsqu'il s'agit de l'existence d'un dépôt excédant 150 fr. et dont il n'existe aucune preuve écrite. Les motifs de cette exception se puisent dans cette considération : qu'en cette matière, la loi ne se borne pas à s'en référer au principe général de l'indivisibilité de l'aveu; l'article 1924 en spécialise de plus les effets en déclarant que dans ce cas le dépositaire doit en être cru soit sur le fait du dépôt, soit sur la chose qui en fait l'objet, soit sur le fait de la restitution. Dès lors isoler le fait du dépôt des déclarations relatives à sa quotité ou à la restitution, et puiser dans l'aveu ainsi isolé un commencement de preuve pour arriver à permettre la preuve par témoins soit de son im-

motifs du jugement. Voy. en ce sens, Bonnier, I, 168; Larombière, V, art. 1347, n° 21; Req. 2 janv. 1843, Sir. 43, I, 428; 7 mars 1843, Sir. 43, I, 285; 22 août 1864, Sir. 64, I, 449; 26 juill. 1865, Sir. 65, I, 405. — *Contrà*, Toullier, IX, 127.

[1] Cass., 6 avril 1836; 2 juin 1837; 19 juin 1837; — Toulouse. 16 janvier 1841; — *J. d. P.*, 1840, t. I, p. 500. t. II, p 594; 1841. t. I, p. 441.

portance, soit du défaut de restitution c'est violer ouvertement les prescriptions de l'article 1924.

Il y a plus, l'aveu de n'avoir reçu que tels objets ne rend nullement vraisemblable le fait allégué que le dépôt comprendrait des objets plus considérables. La Cour de Bordeaux, dans une espèce où il s'agissait d'un dépôt de titres, faisait, avec raison, remarquer qu'il était peu logique de conclure qu'un officier ministériel avait reçu dix-sept titres de créance, parce qu'il avouait de bonne foi en avoir reçu cinq. Une pareille argumentation, dit l'arrêt, pourrait avoir des conséquences effrayantes.

La Cour réforme donc le jugement qui avait admis le contraire, et son arrêt, déféré à la Cour de Cassation, fut maintenu par décision du 6 novembre 1838 [1].

Déjà la Cour régulatrice s'était prononcée pour l'indivisibilité par arrêt du 26 septembre 1823. On peut donc considérer, comme un principe désormais acquis, que l'aveu du dépôt excédant 150 fr. ne peut être isolé et fonder un commencement de preuve autorisant la preuve orale de la fausseté de la déclaration soit sur la quotité des objets déposés, soit sur le fait de la restitution.

742. — 4° Refus de comparaître, refus de répondre, obscurité volontaire des réponses.

Les ordres de la justice doivent être respectés et obéis. Celui qui prétend ne faire ni l'un ni l'autre mérite toute la sévérité des tribunaux.

L'article 330 du Code de procédure édicte la peine applicable en pareil cas. Le refus de comparaître ou celui de

[1] *J. du P.*, 1829, tom. II, pag. 608.

répondre peut non seulement être un commencement de preuve, mais encore faire accepter les faits comme avérés et motiver une condamnation immédiate. La Cour de Montpellier a fait de ce principe une application sévère en décidant que, sur l'appel du jugement tenant les faits pour avérés, le second degré de juridiction n'est pas tenu d'obtempérer à l'offre que fait l'appelant de subir l'interrogatoire qu'il a refusé de subir en première instance, et qu'il peut confirmer purement et simplement le jugement[1].

Ce que l'article 330 dit du refus d'exécution du jugement ordonnant l'interrogatoire, s'applique au refus de comparaître à l'audience. Les motifs étant les mêmes, la solution doit être semblable.

Enfin, l'exécution voulue par la loi doit être une exécution franche, loyale et sincère. En conséquence, il est admis que l'ambiguïté, que l'obscurité volontaire et calculée dans les réponses, équivaut au refus de répondre, non pas qu'on puisse tenir les faits pour avérés, mais en ce sens que les juges peuvent en faire résulter le commencement de preuve [2].

[1] 24 novembre 1818.

[2] Cass., 11 janvier 1827, 19 juin 1839; D P., 39,1, 287.

* — Sur les réponses obscures, évasives ou contradictoires aux interpellations faites par le juge dans un interrogatoire, ou lors d'une comparution des parties en personne, *voy*. Crim. rej., 11 août 1854, Sir. 54, I, 655; 9 juill. 1857, Sir. 58, I, 249; Req. 24 juill. 1865, Sir. 65. I, 405; 2 janvier 1872, Sir. 72, I, 129.

Quant au refus authentiquement constaté de répondre à ces interpellations, on conclut de l'art. 330 du Code de procédure que le juge, étant autorisé par cet article à tenir pour avérés les faits sur lesquels une personne, subissant un interrogatoire sur faits et articles, refuse de s'expliquer, peut à *fortiori* puiser dans le refus un commencement de preuve par écrit. *Voy*. Toullier, IX, 117; Larombière V, art. 1347, n° 32; Aubry et Rau, VIII, § 764, note 57; Laurent, XIX, 505.

Il résulte de ce qui précède que, quels que soient les termes de l'article 1347, sa disposition n'a rien de restrictif. Le législateur a, sous le nom d'écrits, compris tous les actes émanés de la partie et pouvant fournir contre elle la preuve des conventions en litige. « En effet, dit Toullier, l'article 1347 ne dit pas qu'on ne pourra considérer comme un commencement de preuve par écrit l'acte qui ne serait pas émané de celui à qui on l'oppose ou de son auteur, il dit seulement que les écrits émanés de l'un ou de l'autre sont des commencements de preuve, ce qui est bien différent. [1] »

743. — Rappelons, en terminant sur ce point, que ce que nous avons dit des aveux et déclarations recueillis devant les tribunaux reçoit son application aux instances ouvertes ou poursuivies devant les justices de paix. Les dires constatés soit dans un jugement, soit dans des procès-verbaux de constatations ou de recherches, de conciliation ou de non conciliation pourraient être ultérieurement invoqués à titre de commencement de preuve [2].

744. — Nous passons maintenant aux écrits de la partie ou de son auteur. Ce qu'il faut d'abord retenir en ce qui les concerne, c'est qu'ils soient *émanés* de l'une ou de

[1] Tom. IX, p. 105, nos 169 et suiv.

* [2] Mais le refus de répondre aux interpellations faites par le juge de paix au bureau de conciliation ne pourrait former un commencement de preuve par écrit. Le juge de paix n'a que le pouvoir de demander aux parties si elles veulent ou non se concilier. Elles ne sont pas tenues de répondre à d'autres interpellations. Le refus de réponse de la part de l'une d'elles ne pourrait être considéré que comme un refus de se concilier — *Sic* Larombière, V, art. 1347, no 32, — *Contrà*, Toullier, IX, 121.

l'autre. Cette expression indique que le législateur ne s'est nullement préoccupé de la perfectibilité de l'acte dont on excipera. Il est même certain qu'il n'a en vue que ceux ne pouvant par eux-mêmes créer un titre régulier. Dans le cas contraire, en effet, le titre se suffisant à lui-même, il ne pouvait s'agir de la question de savoir s'il pouvait constituer ou non le commencement de preuve.

745. — Il faut ensuite remarquer qu'il n'y a réellement d'écrits émanés de qui que ce soit, que lorsque l'écriture ou la signature est reconnue par celui qu'on en soutient l'auteur. En cas de dénégation, on ne saurait rien inférer tant que la vérification demandée ou ordonnée n'aurait pas détruit cette dénégation [1].

746. — L'écrit reconnu se placera nécessairement dans une des catégories suivantes :

1° Ecrits non signés par la partie ou qui n'étaient pas destinés à l'être;

2° Ecrits irréguliers comme ne remplissant pas les conditions exigées pour leur validité;

3° Ecrits nuls pour incompétence du fonctionnaire qui les a reçus ou pour vice de forme;

4° Ecrits ne constituant pas un titre par eux-mêmes, mais rendant vraisemblable le fait allégué.

747. — Dans la première catégorie, se placent les livres des marchands, les registres ou papiers domestiques de la partie ou de son auteur; les uns et les autres sont, en effet, l'œuvre de celui qui les a tenus, quand bien

*[1] *Sic* Bonnier, I, 168; Larombière, V, art. 1347, n° 25.

même un tiers les eût écrits sous leur direction, ce qui se réalise souvent pour les livres de commerce.

La vraisemblance du fait allégué, puisée dans ces documents, doit donc constituer le commencement de preuve, tel qu'il est exigé par l'article 1347 contre leur auteur ou ses représentants[1].

748. — Ici se présente une difficulté. L'article 1330 défend de diviser les mentions des livres qu'on invoque. Celui qui prétend en tirer avantage doit les accepter dans leur entier, sans pouvoir répudier ce qu'ils ont de contraire à sa prétention. Par une parité de raisons incontestables, on doit admettre la même doctrine à l'endroit des registres et papiers domestiques. Cette indivisibilité devra-t-elle s'entendre d'une manière tellement absolue, qu'elle ne permet pas, en cas d'allégations contradictoires, de tirer des uns et des autres un commencement de preuve par écrit?

Nous venons de voir la Cour de cassation proclamer la divisibilité de l'aveu, malgré le texte formel de l'article 1356. Or, l'article 1330 ne fait que répéter pour les livres la règle que l'article 1356 appliquera plus tard à l'aveu. Dès lors, si celui-ci est inapplicable, lorsqu'il s'agit de la recherche d'un commencement de preuve, quel motif aurait-on de décider le contraire pour celui-là?

Nous admettons donc, à l'égard des livres, la distinction que la Cour de Cassation fait en matière d'aveu.

* [1] Il en est ainsi de toute espèce d'écrits, quelle qu'en soit la forme et dans quelque but qu'ils aient été rédigés, par exemple les livres de commerce, les comptes de toute nature (*Voy.* Req. 28 nov. 1871. Sir. 72, I, 219; 6 août 1873, Sir. 75, I, 250.)

Lorsque le demandeur sera dans l'impuissance de justifier sa prétention par une preuve quelconque, qu'il n'aura recours qu'aux livres seuls de son adversaire, il sera obligé de les accepter dans son ensemble. Si ces livres, mentionnant l'obligation, en mentionnent également l'extinction, sa demande sera repoussée. D'abord, parce que, tenu de la justifier, il n'a pas suffisamment rempli son devoir dès qu'il ne peut offrir à la justice qu'un document qui se contredit et qui laisse au moins la vérité dans le plus grand doute; ensuite, qu'en demandant foi et créance pour les livres, en ce qui concerne les allégations qui lui sont avantageuses, il leur confère une autorité morale rejaillissant sur l'ensemble et qui doit nécessairement empêcher le juge de se prononcer pour les unes plutôt que pour les autres.

Mais lorsque, armé d'une preuve décisive, le demandeur ne s'en réfère aux livres que pour y puiser la vraisemblance rendant sa preuve admissible, c'est nécessairement à d'autres idées qu'il faut recourir. Alors, en effet, il ne faut qu'un écrit émané de la partie, et le livre invoqué offre évidemment ce caractère. Alors, le juge n'a plus à prendre un parti définitif, il a seulement à rechercher le plus ou moins de vraisemblance des deux allégations. Or la loi ne traçant à cette recherche aucun mode obligatoire, ne lui imposant aucun élément, le juge est parfaitement libre de se créer une conviction dont il ne doit même aucun compte. Comment au surplus, oublierait-il que l'obligation est convenue par le débiteur lui-même, tandis que son extinction, contestée par le créancier, ne résulte que d'un fait personnel au débiteur et que le premier n'a jamais pu empêcher.

La preuve testimoniale peut donc être ordonnée à

l'effet de dissiper le doute que les livres font naître. Mais si cette preuve n'a rien de décisif, si le vague des dépositions vient replacer le juge en présence des énonciations contradictoires des livres, le principe de leur indivisibilité reprendra son empire et la demande sera repoussée.

749. — La seconde catégorie comprend essentiellement les titres faits contrairement aux dispositions des articles 1325 et 1326, c'est-à-dire l'acte non fait ou ne mentionnant pas qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a d'intérêts distincts, et l'acte non écrit de la main du débiteur, ou dont la signature n'est pas précédée d'un bon ou approuvé écrit par lui.

750. — L'ancienne jurisprudence était fort sévère à l'endroit des premiers. Le Parlement de Paris leur refusait tout effet quelconque. Il considérait leur nullité comme tellement absolue, qu'il n'hésitait pas à la consacrer même dans le cas où l'acte avait reçu son exécution.

Cette doctrine était formellement blâmée par les jurisconsultes les plus éminents, comme confondant deux choses devant rester éternellement distinctes, à savoir : ce qui est de l'essence du contrat, ce qui forme le *vinculum obligationis*, et ce qui est relatif à la preuve du contrat. « Dès l'instant, dit Merlin [1], que deux parties ont donné leur consentement, l'obligation est formée ; et, soit que l'on puisse la prouver ou non, elle n'en a pas moins la vertu intrinsèque de lier les contractants. En bonne logique, le défaut de preuve d'un acte, ne peut en emporter la nullité ; il n'en peut résulter qu'un empêchement de

[1] *Répert.*, vis *Double écrit*, no 7.

fait à son exécution, et si on parvient à réparer ce défaut, à lever cet empêchement par des preuves tirées d'ailleurs, pourquoi l'acte ne serait-il pas pleinement exécuté? »

751. — C'était donc en présence des dispositions sévères de la jurisprudence, et les observations graves de la doctrine que se trouvait placé le législateur du Code. L'article 1325 nous indique son choix. En effet, cet article ne déclare pas l'acte nul, il se borne à le considérer comme non valable. Or, dire qu'un acte n'est pas valable, ce n'est pas reconnaître qu'il n'existe aucune obligation, c'est seulement proclamer que cette obligation n'est pas suffisamment prouvée. C'est ce que Toullier établit d'une manière victorieuse et sans réplique [1].

752. — Donc l'acte n'est pas nul; il est seulement insuffisant pour faire pleine preuve, pleine foi de la convention qu'il renferme. Cela posé, comment lui refuserait-on le caractère d'un commencement de preuve? Il est signé de la partie, il émane donc de celui à qui on l'oppose ou de son auteur. Il rend l'obligation très vraisemblable, car on ne signe pas quand on n'est obligé à rien. Or, l'article 1347 n'exige rien autre chose pour trouver le commencement de preuve.

753. — Cependant, l'opinion que l'acte non fait double peut constituer un commencement de preuve, n'est pas unanimement adoptée. Quelques auteurs, et parmi eux M. Duranton [2], soutiennent la négative. Ils

[1] T. VIII, nos 310 et suiv.
[2] T. XIII, no 164.

ne méconnaissent nullement les considérations que nous venons d'exposer; mais, disent-ils, le Code exige l'égalité de position et de moyens de preuve dans ceux qui forment des conventions obligatoires de part et d'autre, ce qui n'existe pas évidemment pour la partie qui n'a pas eu d'acte, ou qui est censée n'en avoir pas eu, si celui qui est produit par l'autre partie ne contient pas la mention du nombre d'originaux qui ont dû être faits [1].

Cette opinion méconnaît ouvertement le texte et l'esprit de l'article 1425, et ajoute à sa disposition une pénalité que le législateur a formellement repoussée. Nous venons de le dire, l'article 1325 ne dit qu'une seule chose, à savoir : que le titre fait contrairement à ses prescriptions n'est pas valable, c'est-à-dire qu'il ne fait pas par lui-même pleine foi de ce qu'il renferme. Il n'exclut donc pas la possibilité de le compléter par la preuve même testimoniale, ce qui le démontre, c'est que la nullité prononcée par l'ancienne jurisprudence n'a pas été adoptée. C'est pourtant à cette nullité absolue et radicale qu'on arrive dans l'opinion que nous combattons.

Le reproche de blesser l'égalité voulue par la loi nous touche peu. Nul ne peut se créer un titre de sa propre faute, et celui-là commet évidemment une faute grave qui, malgré la disposition de l'article 1325, traite sans donner à la convention synallagmatique les formes qu'elle doit recevoir. Cette faute doit d'autant plus être

* [1] La question est controversée dans la doctrine et dans la jurisprudence des Cours d'appel. Dans le sens de la négative, professée par Duranton, *voy.* Favard, *Rép.* v°. Acte sous seing privé, sect. 1, § 2, n° 10; Chardon, *Du dol et de la fraude,* Demolombe, XXIX, 429. L'opinion contraire, enseignée par M. Bédarride, nous paraît préférable. *Voy.* les autorités citées plus loin.

prise en considération, que l'omission qui la constitue peut n'être que le résultat d'un calcul frauduleux. S'il est vrai, en effet, que la partie retenant la minute unique de l'acte a pu vouloir se ménager la faculté de demander l'exécution de la convention ou de la refuser, il peut se faire aussi que l'existence de cette minute unique ou le défaut de mention du nombre des originaux ne soit, de la part de l'autre partie, qu'un moyen calculé pour se soustraire à ses engagements s'ils venaient à être trop onéreux pour elle.

Cette perspective indique qu'il n'y a de réellement équitable que le parti adopté par le législateur. De cette manière chacune des parties supporte la peine de la faute qu'elle a commise : la première, par la nécessité où elle est placée de compléter le titre et de fournir une preuve qui ne sera pas toujours possible, et sans laquelle cependant le titre ne pourra sortir à effet ; la seconde, par la nécessité de subir cette preuve et de se soumettre à ses résultats.

En résumé, l'acte non fait double, ou ne mentionnant pas qu'il l'a été, réunit les conditions de l'article 1347. Il émane de la partie à qui on l'oppose ; il rend le fait vraisemblable. D'autre part, l'article 1315 n'a pas prononcé la nullité du titre, il n'a donc nullement dérogé à la règle générale tracée par l'article 1247. Le juge peut donc admettre cet acte comme un commencement de preuve par écrit, et recevoir le porteur à prouver par témoins, soit que, contrairement à ce qui résulte du titre lui-même, on a réellement fait autant d'originaux qu'il y avait d'intérêts distincts, soit l'existence de l'obligation elle-même [1].

[1] Merlin, *Rép., Double écrit,* n° 8. — Toullier, t, IX, n° 84. — Troplong, *De la vente,* n° 33.

La Cour de Cassation récemment saisie de la question, l'a résolue dans le sens que nous enseignons.

Le tribunal de Saverne et la Cour de Colmar ayant décidé que l'acte nul pour contravention à l'article 1325 pouvait servir de commencement de preuve, on sollicitait de la Cour suprême une décision de censure. L'arrêt, disait-on, a violé l'article 1325 du Code Napoléon qui en déclarant non valables les actes non conformes à ses prescriptions, ne permet pas que ses actes puissent servir de commencement de preuve par écrit; qui ne les considère que comme un simple projet dont la réalisation suppose un acte fait en double entre les parties qui s'engagent respectivement. Dès lors il n'a dû accorder aucun effet à l'acte dépourvu de cette formalité du double, alors que celui qui s'en est emparé, et qui serait le maître de l'anéantir, veut s'en prévaloir pour contraindre l'autre partie qui n'aurait, elle, aucun moyen de forcer le détenteur du prétendu titre à l'exécuter, s'il eût convenu à ce détenteur de le supprimer ou de ne pas le produire.

Mais, par arrêt du 28 novembre 1864, la chambre civile rejette le pourvoi après, toutefois, un délibéré en la chambre du Conseil :

« Attendu que l'acte sous seing privé non fait double, quoique contenant des engagements réciproques est susceptible de présenter les caractères du commencement de preuve par écrit tel qu'il est défini par l'article 1347 du Code Napoléon; que, d'une part, l'acte émane de la partie à qui on l'oppose, laquelle y figure tant pour s'obliger que pour accepter l'engagement pris envers elle, et, d'autre part, il peut rendre au moins vraisemblable la convention synallagmatique qu'il énonce et a pour objet de constater;

» Qu'en rentrant ainsi dans les termes de l'article 1347 un tel acte peut servir de commencement de preuve à l'effet de rendre admissible la preuve testimoniale;

» Que l'article 1325 du Code Napoléon n'y saurait faire obstacle; qu'à la vérité l'acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques n'est valable, aux termes de cet article, qu'autant qu'il est fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; que sans doute il résulte de là que l'acte est nul comme titre, mais que la nullité de forme qui l'affecte sous ce rapport, ne l'atteint pas dans son existence matérielle; qu'il existe comme écrit, et que la loi n'en demande pas davantage pour autoriser la preuve testimoniale, si, d'ailleurs, l'écrit émane de la partie, et si le juge y trouve des indices ou des présomptions susceptibles de rendre vraisemblable la convention ou le fait allégué. [1] »

754. — Ce qu'on décide dans le cas de l'article 1325 doit être décidé dans l'hypothèse de l'article 1326. Ainsi l'obligation non écrite par le souscripteur, qui ne renfermera pas le bon ou approuvé en toutes lettres de la somme ou des clauses y énoncées, ne fera pas par elle-même titre suffisant. Mais les tribunaux sont autorisés à l'admettre comme un commencement de preuve par écrit.

Cette solution, s'induisant comme la précédente des termes dont s'est servi le législateur, acquiert ici un nouveau degré d'évidence par la comparaison de l'article 1326

*[1] *Journal du Palais*, 1865, 5; Sir. 65, I, 5. Dall. 65, I, 105.* — *Voy.* en ce sens, Toullier, VIII, 322, IX, 84 et 85; Merlin, *Rép.* v°, *Double écrit*, n° 8, 3°; Troplong, *De la vente*, I, 33; Larombière, IV, art. 1325, n°, 38; P. Pont, *Revue critique*, 1864, XXV, p. 181; Bonnier, II, 689; Aubry et Rau, VIII, § 756, note 38; Laurent, XIX, 529.

avec la législation précédente. On sait, en effet, que la déclaration de 1733 frappait d'une nullité radicale et absolue les billets qui ne seraient pas écrits ou du moins dont la somme ne serait pas approuvée en toutes lettres de la main de celui qui les avait souscrits, lequel, néanmoins, était tenu d'affirmer sôus serment qu'il n'en avait pas reçu la valeur. Etaient exceptés de cette règle les billets faits par les banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs et autres de pareille qualité.

Cette loi admettait donc la présomption de surprise, devenant une présomption *juris et de jure* par le serment du débiteur. Mais, comme le remarque Toullier, elle avait entre autres inconvénients graves, celui de ne protéger que la classe des citoyens instruits et non la classe la plus nombreuse de la société, la plus facile à surprendre. Aussi, et malgré la précision de ses termes, la doctrine enseigna-t-elle qu'elle pouvait être modifiée par les circonstances. Cette opinion fut sanctionnée par la jurisprudence. Les Parlements n'hésitaient pas à valider l'obligation, lorsque la présomption de surprise leur paraissait repoussée par les faits de la cause.

Une pareille contradiction entre la loi, la doctrine et la jurisprudence, signalait trop les vices de la première et devenait un enseignement utile pour le nouveau législateur. Ce qui prouve qu'il en a profité, c'est que le Code ne dit plus que l'acte, fait contrairement aux dispositions de l'article 1326, *sera nul et de nul effet et valeur*, Comment, dès lors, atteindre à un résultat identique à celui que prescrivait la loi de 1733?

La différence dans les termes doit en déterminer une dans les conséquences, et cette dernière ne peut être que

celle que nous indiquons, à savoir : que sous l'empire du Code l'acte n'étant plus radicalement nul peut servir de commencement de preuve. Ce résultat se légitime parfaitement, d'abord parce que la signature, quoique isolée, n'en émane pas moins de la partie, ensuite parce que cette signature apposée au bas d'une obligation la rend évidemment vraisemblable.

Sans doute l'article 1326 ayant consacré une exception pour les billets ou actes émanés de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, on pourrait être tenté de lui reprocher de n'avoir pas assez protégé la classe la plus nombreuse, la plus facile à surprendre, celle, par conséquent, qui avait le plus besoin de protection. Mais le législateur ne pouvait pas méconnaître un fait évident, à savoir : que dans ces classes il est une infinité de gens sachant à peine signer et pour lesquels la prétention de les soumettre aux formalités de l'article 1326 eût été une interdiction absolue de contracter sous seing privé, ce qui les exposait, dans tous les cas, aux frais d'un acte authentique. Il a donc eu raison de reculer devant une pareille charge.

D'ailleurs, l'admission de l'acte irrégulier comme un commencement de preuve contre tous les citoyens, atténuerait singulièrement l'inégalité qu'on reprochait à la déclaration de 1733. Par ce moyen, en effet, l'acte pourra sortir à effet, alors même que la signature non précédée du bon ou approuvée appartiendra à une autre catégorie qu'à une de celles nominalement rappelées dans l'article 1326.

Ainsi, le titre ne réunissant pas les conditions voulues par l'article 1329 pourra servir de commencement de

preuve [1]. La signature apposée à une obligation en rend l'existence et la réalité vraisemblables à un très haut degré. Aucune difficulté sérieuse ne saurait donc s'élever lorsque l'irrégularité du titre n'est due qu'à l'absence du bon ou approuvé [2].

755. — Il n'en est pas de même lorsque le titre ne portant pas de signature est cependant écrit en entier de la main de celui à qui on l'oppose. Sans doute, et en droit, ce titre remplit la première condition exigée par l'article 1347. Nous avons déjà dit que cet article n'exige pas que l'écrit soit signé. Il suffit qu'il soit le fait de la partie ou de son auteur. C'est ce qui se réalise dans le cas que nous supposons.

Mais l'existence d'un pareil écrit rend-elle l'obligation vraisemblable? En logique rigoureuse, l'écrit non signé ne prouve qu'une seule chose, à savoir : que des négociations ont existé, qu'un projet a été préparé et communiqué mais que les parties n'ont pu se mettre d'accord. On ne peut admettre, en effet, que non seulement le débiteur a

[1] Toullier, t. IX, nos 281 et suiv. — Duranton, t. XIII, nos 189 et suiv. * — *Junge* Laurent, XIX, 530.

*[2] Les Juges ne sont pas obligés d'admettre l'acte ainsi irrégulier comme commencement de preuve par écrit. Req. 22 avril 1818. Mais ils peuvent le considérer comme ayant ce caractère, et, par suite, admettre soit la preuve testimoniale, soit de simples présomptions, ou déférer le serment supplétif. — *Voy.* Merlin. *Rép.* vo *Billet*, § 1. — Toullier, VIII, 281. — Duranton, XIII, 189 et suiv. — Demolombe, XXIX, 493. — Aubry et Rau, VIII, § 756, notes 83 et 84. — Laurent, XIX, 530. — Civ. rej., 2 juin 1823; 1er juill. 1828. — Req. 4 févr. 1829; 4 mai 1831, Sir. 31, I, 197; 21 mars 1832, Sir. 32, I, 251; 18 nov. 1834, Sir. 35, I, 393; 6 févr. 1839, Sir. 39, I, 289; 26 févr. 1845, Sir. 45, I, 731; 13 déc. 1853, Sir. 54, I, 17. — Civ. rej. 10 janv. 1870, Sir. 70, I, 157. — Req. 15 juill. 1874, Sir. 75, I, 290. — *Voy.* cependant Delvincourt, II, p. 613. — Civ. cass. 3 nov. 1812.

oublié de signer, mais encore que le créancier ne se soit pas aperçu de cette omission, en acceptant un pareil titre.

D'autre part, il n'est pas probable non plus que le débiteur n'ait pas demandé la restitution du projet écrit par lui et se soit ainsi exposé à voir le créancier en abuser à son détriment. Il y a donc motif de douter et, dès lors, nécessité de procéder à une instruction qui ne peut être que l'audition des témoins fournis de part et d'autre. C'est ce que la Cour de Cassation a consacré en décidant que l'écrit non signé par son auteur peut servir contre lui de commencement de preuve[1].

756. — L'acte authentique fait foi contre tous des stipulations qu'il renferme. Mais un acte n'est authentique que si l'officier public qui l'a reçu avait qualité pour le recevoir; que si les formes voulues par la loi ont été remplies. L'incompétence du premier, la violation des secondes frappent l'acte de nullité.

Mais il importe de remarquer que cette nullité atteint plutôt l'instrument prouvant l'obligation que l'obligation elle-même. Nous avons déjà vu, en effet, que le lien légal, que le *vinculum obligationis* est indépendant de la forme par laquelle les parties l'ont constaté : que l'effet de celui-ci disparaissant, celui-là n'en existe pas moins, sauf le mode de preuve qu'il est loisible aux contractants de produire.

L'acte authentique, nul pour incompétence de l'officier qui l'a reçu ou pour violation des formes, perd l'authenticité devant en assurer l'exécution, mais le consentement

[1] 4 février 1829, 6 février 1839. — *J. du P.*,1839, t. I, p. 274.

des parties reste. L'acte vaut sous seing privé et doit être apprécié comme tel.

757. — Dès lors, c'est par les considérations que nous avons présentées en traitant la seconde catégorie qu'on doit résoudre la difficulté. Ainsi, de deux chose l'une, ou l'acte annulé sera revêtu de la signature des parties ou il mentionnera qu'elles n'ont su ou pu signer. Dans ce second cas, la nullité de l'acte entraînera celle de la convention, car il n'y aura aucun moyen de la prouver. En effet, l'acte valant sous seing privé, n'étant ni écrit ni signé par les parties, n'émane, évidemment, ni de l'une ni de l'autre.

Mais si chacune d'elles a signé, l'acte vaudra comme commencement de preuve et permettra d'établir l'obligation par la preuve testimoniale [1].

758. — Nous nous sommes occupés jusqu'à présent d'écrits constituant un titre dont la régularité dispenserait de toute autre justification. Il est d'autres écrits qui, sans constituer jamais un titre définitif, peuvent faire présumer un engagement quelconque et autorisent à en prouver par témoins l'existence. Dans cette catégorie se place notamment la correspondance.

La doctrine et la jurisprudence offrent de nombreux exemples de lettres missives jugées suffisantes pour rendre admissible la preuve de l'obligation alléguée : nous nous contenterons d'en citer quelques-uns :

1° Un particulier prétend avoir confié à un autre une

[1] Liège, 9 juillet 1812. — Conf. Pothier, Toullier, Duranton, Dalloz, Solon.

somme d'argent, et il n'en produit d'autre preuve qu'une lettre dans laquelle ce dernier écrit ; *Je vous satisferai sur ce que vous savez.* Cette mention rend vraisemblable le fait du dépôt et la lettre forme un commencement de preuve permettant de l'établir par témoins.

2° Vous m'avez écrit une lettre pour me prier de compter à votre fils, qui en est porteur, 300 fr. dont il a besoin pour ses études, j'ai compté la somme, mais sans prendre un reçu. La lettre que je représente constitue un commencement de preuve et autorise à établir la remise alléguée.

3° La Cour de Cassation a jugé que la lettre missive reconnaissant l'existence d'une dette, sans toutefois en déterminer le *quantum*, créait un commencement de preuve suffisant pour être recevable à justifier par témoins que cette dette est supérieure à 150 fr.[1] Dès lors la lettre par laquelle le débiteur écrit qu'il ne peut rembourser l'argent qu'on lui a prêté, et promet de vendre une partie de maison pour s'acquitter, peut être utilement invoquée comme constituant un commencement de preuve, et rendre admissible la preuve testimoniale d'une obligation de 2,400 fr., alors même que l'auteur de la lettre prétendrait que la somme réellement prêtée est de beaucoup inférieure.

2° Enfin la lettre, annonçant qu'on a reçu en prêt une somme de cent..., peut servir à prouver soit l'existence d'une dette de cent et une fraction, comme 120, 150, etc., soit une dette de cent écus, de cent louis, etc.

En résumé, tout ce qui tend à faire supposer une obli-

[1] 29 prairial an XII ; Pothier, nos 470 et suiv. — Toullier, t. VIII, nos 322 et suiv., t. IX, nos 108 et suiv. — Dalloz, *Dict. alph.*, v. *Preuve testimoniale*, nos 177 et suiv.

gation rend vraisemblable l'allégation de son existence ; la preuve testimoniale peut dès lors être invoquée à l'effet de compléter une justification encore incomplète. Elle peut donc être ordonnée, si d'ailleurs des faits reconnus constants ne créent pas une vraisemblance contraire plus puissante et plus décisive.

759. — L'écrit émané de l'auteur de la partie a contre cette partie la même autorité que s'il émanait d'elle. Il ne faut pas, pour qu'il en soit ainsi, que cet auteur soit celui auquel on se trouve avoir succédé *in universum jus*, il suffit qu'on soit, à un titre quelconque, devenu son représentant. Ainsi l'acquéreur, le donataire ou le légataire est l'ayant cause du vendeur, du donateur ou testateur. Mais cette qualité se restreignant à « l'objet faisant la matière de la vente, de la donation ou du legs, ce n'est que par rapport à cette chose même que l'écrit émané de l'un pourrait être invoqué contre l'autre.

760. — Le mandataire n'est pas l'auteur du mandant, il est mieux encore, il est le mandant lui-même; conséquemment l'écrit émané du premier et se référant à l'objet de sa mission réunira les conditions exigées par l'article 1347 du Code civil, et pourra fonder contre le second le commencement de preuve par écrit.

C'est ce que la Cour de Cassation a consacré, en jugeant, le 7 mars 1831, que la déclaration faite et signée au bureau de paix par le mandataire d'une partie a pu être considérée comme un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre des présomptions graves, précises et concordantes, et pour décider qu'un billet de plus de 150 fr. a été payé.

Ce qui a été admis pour le mandat exprès, l'a été également pour le mandat tacite. Ainsi la Cour de Metz a vu un commencement de preuve contre la belle-mère, dans l'acte émané du gendre, alors qu'il est certain que le gendre était dans l'usage de faire les affaires de celle-ci [1].

761. — Enfin la Cour de Toulouse a jugé, le 25 novembre 1831, que le commencement de preuve de la libération d'un débiteur peut résulter des registres d'un notaire, dépositaire de sommes appartenant à ce débiteur, constatant des emplois, tels que prêts ou acquisitions faits par le créancier, de parties de sommes déposées, versées entre ses mains par le notaire, à l'acquit du débiteur. Cet arrêt se fonde d'abord sur ce que le dépôt étant réalisé dans l'intérêt du créancier, le notaire devient son mandataire pour les sommes par lui reçues ; ensuite sur ce que les actes constatant l'emploi étant signés par le créancier, l'énonciation des registres se trouve ainsi confirmée par un écrit émané personnellement du créancier lui-même [2].

762. — En résumé, les simulations concertées par les parties ne peuvent nuire aux tiers, ceux-ci sont toujours recevables à en faire la preuve par témoins. Ils sont placés, en regard de la prohibition de l'article 1341, dans l'exception de l'article 1348, ils n'ont jamais été en position de se procurer une preuve écrite.

Il n'en est pas ainsi des parties, chacune d'elle a pu et dû se procurer cette preuve. L'absence de celle-ci ne leur

[1] 22 mai 1828.
[2] D P., 34, 2, 35.

permet donc pas d'invoquer la preuve testimoniale, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve par écrit[1].

L'aveu, alors même qu'il ne porte que sur la simulation de la cause exprimée, la déclaration judiciaire constatée, l'écrit émané de la partie ou de son auteur, peut fonder le commencement de preuve, s'il rend le fait allégué vraisemblable. L'appréciation de ce caractère appartient souverainement au tribunal investi.

763. — La fraude *de contractu in contractum* consiste, avons-nous dit, à dissimuler, sous l'apparence d'une convention licite, l'existence d'un contrat nul comme contraire à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Sa perpétration exige donc le concours des parties, de là la question de savoir si l'une d'elles sera recevable à prouver par témoins le véritable caractère de l'acte.

La solution de cette question est sans intérêt, lorsqu'il s'agit d'une simulation licite, c'est-à-dire lorsque les parties, ayant réellement contracté et ayant pu le faire valablement, ont cependant donné à leur convention une autre forme que celle qu'elle devait recevoir. Telle serait l'hypothèse d'une libéralité déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux; d'une vente déguisée sous la forme d'un échange, ou réciproquement.

A quoi bon en effet recourir à une preuve, si le fait à prouver étant admis, il n'en doit pas moins rester un droit d'un côté, une obligation de l'autre. Or, tel sera inévitablement le résultat de la preuve que l'acte qualifié vente n'est qu'un échange ou qu'une libéralité, si d'ail-

[1] *Voy.* note 1, sous le n° 247.

leurs la partie poursuivante était capable de donner ou d'échanger : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.*

764. — Il est cependant une exception à l'irrecevabilité de la preuve, à savoir : lorsque s'agissant d'une donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux, l'auteur de cette donation aurait un intérêt à en faire déterminer le véritable caractère. On sait que la donation est révocable pour cause d'ingratitude ou par survenance d'enfants. Cette double éventualité crée donc un droit certain et d'un grand intérêt pour le donateur. Il devrait donc, sur sa demande, être reçu à prouver que l'acte, quelles que soient les apparences, n'est en réalité qu'une donation [1].

765. — Ainsi le véritable motif de la prohibition de la preuve testimoniale contre ceux qui ont concouru à une simulation licite, est l'absence de tout intérêt. La proposition contraire, c'est-à-dire l'existence d'un intérêt se réalisant, cette prohibition tombe et fait place au droit de faire restituer à l'acte son véritable caractère.

* [1] Les héritiers sont admis à prouver par témoins l'existence de dispositions à titre gratuit faites par leur auteur au profit d'incapables, soit par l'intermédiaire de personnes interposées, soit sous le voile de contrats à titre onéreux. *Voy.* Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, II, 19 et suiv. — Larombière, V, art. 1348, n° 1. — Aubry et Rau, VIII, § 765, p. 350. — Civ. cass. 10 juin 1816. — Req. 27 avril 1830 ; 2 juill. 1839, Sir. 39, I, 626.

La preuve testimoniale est, en pareil cas, admissible même de la part du donateur, parce que le déguisement d'une libéralité faite à un incapable constitue une fraude à la loi. Aubry et Rau, *loc. cit.* — *Voy.* la note sous le n° 765.

Mais au-dessus de l'intérêt personnel se place l'intérêt public; celui-ci ne pouvait tolérer qu'on pût impunément violer la loi, blesser la morale ou outrager les mœurs. Conséquemment la simulation, ayant pour objet de masquer l'un de ces trois buts, est frappée d'une nullité radicale que les parties elles-mêmes peuvent invoquer.

De là il suit qu'elles sont recevables à prouver par témoins toutes les circonstances constitutives du fait prohibé ou illicite. On ne saurait admettre le contraire sans consacrer ce singulier résultat : que la loi qui veut la fin aurait refusé les moyens.

Vainement donc voudrait-on exciper de ce brocard que nous avons si souvent rappelé : *Nemo auditur*. Personne ne peut offenser directement la loi, ni faire ce qu'elle prohibe. Personne surtout n'est autorisé à retenir les avantages qui n'ont d'autre origine que le mépris d'une prescription d'ordre public. [1].

766. — C'est ce que la jurisprudence n'a pas cessé

* [1] Lorsque la simulation concertée entre les parties a pour but de couvrir une fraude à la loi, celle qui a intérêt à en établir l'existence peut le faire par présomptions. La disposition de l'art. 1353 est absolue et s'applique, par conséquent, à la fraude à la loi, comme à la fraude envers les personnes. *Voy*. Req. 8 juillet 1857, Sir. 58, I, 195 ; 18 août 1862, Sir. 63, I, 265 ; 20 mars 1865, Sir, 65, I, 208 ; 22 nov. 1869, Sir. 70, I, 339.

La question de savoir si la fraude à la loi peut être prouvée par témoins est plus controversée. Cependant, dès que l'on admet qu'elle peut être établie par présomptions, il nous semble peu rationnel de décider qu'elle ne peut l'être au moyen de la preuve testimoniale. La dernière de ces preuves n'offre pas plus de dangers que l'autre. — Bonnier, I, 142.— Larombière, V, art. 1348, n° 19.— Aubry et Rau, VIII, § 765, note 28.— Req. 11 frimaire an X ; 4 janv. 1808.— *Voy*. cependant Laurent, XIX, 594.

de consacrer dans toutes les hypothèses. Ainsi la loi refusant toute action pour dette de jeu, le joueur, poursuivi en vertu d'une obligation même authentique, est admis, nous l'avons déjà dit, à prouver par témoins que le titre en vertu duquel on le poursuit n'a été créé que pour dissimuler une dette de jeu, et à se réfugier dans le bénéfice de l'article 1965.

Ainsi encore la loi exige dans un intérêt social que la cession d'un office ne puisse comporter un prix plus élevé que celui indiqué dans le traité soumis à l'approbation du gourvernement. Le supplément de prix, consenti au mépris de cette prohibition, quelque précaution qu'on ait mis à le déguiser, ne peut donc être exigé, il peut de plus être répété après paiement. Dès lors le souscripteur, débiteur de ce supplément, est toujours autorisé à prouver par témoins le véritable caractère soit du titre en vertu duquel on le poursuit, soit du paiement dont il demande la restitution ou l'imputation sur le prix patent.

Ainsi, enfin, l'obligation consentie en faveur de l'incapable pourra toujours être attaquée par le souscripteur lui-même, et il suffira qu'il soit justifié qu'elle n'avait pas d'autre objet que celui de violer la loi, pour qu'elle soit frappée d'impuissance et déclarée nulle. On ne peut donner indirectement lorsqu'on n'a pas le droit de le faire d'une manière directe, et ce principe deviendrait bientôt d'une application impossible si celui qui a tenté de l'éluder ne pouvait plus tard revenir sur sa première résolution.

La fraude contre la prohibition expresse de la loi, lorsqu'elle a pour objet de méconnaître l'intérêt public, les bonnes mœurs, peut donc toujours être prouvée par témoins. On peut renoncer à un droit personnel, à un

intérêt privé, on ne renonce jamais à ce qui intéresse la société toute entière. Les prohibitions fondées sur l'ordre public ont essentiellement ce caractère.

767. — Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, celle par présomptions l'est également, de telle sorte que, sans recourir à la première, le magistrat peut définitivement prononcer, si les circonstances du procès lui paraissent le comporter.

768. — Les présomptions sont définies par la loi : des conséquences qui se tirent d'un fait connu à un fait inconnu. Il suit de cette règle :

1° Que la présomption diffère de la preuve, en ce que celle-ci fait foi directement et par elle-même d'un fait, tandis que la présomption en fait foi par une conséquence tirée d'un fait [1];

2° Que la présomption a avec la preuve une source commune, une même origine quant à leur certitude; car leur force consiste dans la conséquence certaine qu'on peut tirer de quelque vérité connue pour en conclure la vérité dont on cherche l'existence [2];

3° Que la présomption offre plus ou moins de certitude, suivant que la liaison existant entre la vérité connue est plus ou moins nécessaire [3].

Ainsi, si la conséquence tirée du fait certain est nécessaire, s'il est impossible que, ce fait acquis, le second soit douteux, la présomption devient preuve. J'étais, dit Domat, à cent lieues de mon domicile le jour où l'on pré-

[1] Pothier, n° 806.
[2] Toullier, t. x, n° 1.
[3] *Ibid.*, n° 25.

tend que j'y ai signé un acte; ce fait constant, il en résulte la conséquence forcée que la date donnée à l'acte est fausse.

S'il n'y a pas de conséquence absolument nécessaire entre le fait connu et celui qu'il s'agit d'établir, les présomptions ne sont plus que des conjectures, des probabilités que le juge peut repousser ou admettre selon qu'il les juges graves, précises et concordantes.

769. — Nous avons déjà expliqué la valeur de ces mots et les obligations que leur appréciation impose au demandeur en preuve [1]. Nous terminerons donc notre sujet par la question de savoir s'il existe, en matière de simulation, des faits devant plus particulièrement influer sur la reconnaissance.

Résoudre cette question par une affirmative absolue, serait méconnaître le caractère du pouvoir confié aux tribunaux. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que la doctrine a de tous temps appelé l'attention des magistrats sur des circonstances pouvant plus facilement faire admettre la fraude. Telles sont, au dire de notre savant confrère Dubreuil : « la qualité des parties, la rétention de possession entre personnes suspectes, la vilité du prix, le pacte de réméré, la rélocation, le défaut de moyens de l'acquéreur ou du prêteur, l'aisance du vendeur ou emprunteur, l'acte privé; le défaut de réelle numération dans l'acte authentique; le secret; le temps; le lieu; les précautions suspectes; les actes antécédents ou subséquents, etc... »

Chacune de ces présomptions, comme l'observe M. Du-

[1] Voy. *supra*, nos 255 et suiv.

breuil lui-même, n'a par elle-même rien de décisif, mais on comprend que la réunion de plusieurs d'entre elles peut déterminer la conviction du juge. Nous l'avons déjà dit, c'est surtout pour les présomptions qu'a été dictée la règle : *Quod sicut quæ non prosunt singula multa juvant, ita e contra quæ non nocent singula multa nocent.* Il est évident que si on exigeait une certitude parfaitement démontrée, il était inutile de permettre de recourir soit à la preuve testimoniale, soit surtout à celles par présomptions. Celles-ci ne sont que des conjectures, des probabilités. La faculté de les accueillir indique le pouvoir du juge. On ne pouvait, dans l'exercice de ce pouvoir, que s'en référer au juge lui-même qui se prononcera dans tous les cas en faveur du parti que sa conviction lui indiquera comme le plus probable [1].

*[1] Le juge a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur des présomptions, et son erreur sur ce point ne peut donner ouverture à cassation. Toullier, x, 20, 26. — Duranton, xiii, 531, 532.— Marcadé, sur l'art. 1353. — Larombière, v, art. 1353, nos 6 et 7, Req. 27 avril 1830; 1er fév. 1832, Sir. 32, i, 139; 20 déc. 1832, Sir. 33, i, 344.

CHAPITRE II

FRAUDE CONTRE LA PARTIE CONTRACTANTE

SOMMAIRE.

770. Définition.
771. Rapport et différence entre cette fraude et le dol.
772. La fraude poussée jusqu'à de certaines limites constitue des délits ou des crimes atteints par la loi pénale.
773. La fraude contre la partie, étant assimilée au dol, est régie, quant à sa poursuite, par les principes tracés pour celui-ci.

770. — Cette fraude dite *de re ad rem* est celle qui est employée par un des contractants au détriment et à l'insu de l'autre. Elle peut être définie, toute tromperie, toute action de mauvaise foi, exécutée dans le dessein de se procurer un avantage illicite au préjudice et aux dépens de celui avec qui on traite.

771. — Cette fraude a donc, dans ses effets, un point de contact intime avec le dol, mais elle en diffère essentiellement dans ses conditions constitutives. Ce qui carac-

térise celui-ci, c'est, nous l'avons déjà dit, la résolution de tromper et l'existence d'un préjudice, *consilium et eventus*. La fraude, au contraire, gît tout entière dans le résultat poursuivi et obtenu à l'aide de moyens illégitimes, *fraus non in consilio sed in eventu*. Ainsi, un acte sérieux et légitime dans son origine, un jugement légalement poursuivi et justement prononcé, peut devenir, par le mode de son exécution, l'occasion d'une fraude préjudiciable. Dès lors celui qui en demande la répression n'a pas à justifier d'une pensée préexistante dont l'acte lui-même n'aurait été que l'exécution. Il lui suffit de prouver le préjudice dont il se plaint et l'illégitimité du fait dont il découle, pour qu'il obtienne immédiatement la réparation qui lui est due.

772. — La fraude poussée jusqu'à de certaines limites constitue des délits ou des crimes atteints par la loi pénale. C'est ainsi que les vols, les filouteries, l'abus de confiance, la violation du dépôt, la tromperie sur la nature de la marchandise, ne sont que des fraudes véritables, singulièrement aggravées par les circonstances qui les ont vu se produire. Ces matières restant étrangères au cadre que nous nous sommes tracés, nous nous bornerons à faire remarquer que l'action en répression, au point de vue de l'intérêt public, reste sans influence sur la réparation due à la partie lésée. Cette réparation peut être poursuivie concurremment avec l'action criminelle, ou devenir l'objet d'une demande particulière et indépendante. Il y a plus, le fait qualifié crime ou délit pourrait disparaître sans que la fraude eût par cela même cessé d'exister. La décision du juge criminel, tant sur la poursuite du ministère public, que sur l'action civile elle-

même, ne s'appliquant qu'à la culpabilité du prévenu, ne créerait, en cas d'acquittement, aucune fin de non recevoir contre l'action en répression de la fraude [1].

773. — Les règles applicables à la poursuite du dol sont parfaitement applicables à celle de la fraude consommée à l'insu et au détriment de la partie. La preuve testimoniale, admissible pour l'un, ne saurait être refusée pour l'autre. Cette fraude, en effet, ressemble tellement au dol, qu'il est d'usage dans la pratique de les réunir et de les confondre.

Comme le dol lui-même, la fraude contre la partie est souvent présumée. C'est ce que nous venons d'établir, c'est ce que nous allons plus directement démontrer en recherchant les divers effets qu'elle entraîne, selon le contrat dans lequel elle s'est produite.

SECTION Ire

FRAUDES DANS LES MARIAGES

SOMMAIRE

774. Division.

774. — Nous avons déjà parlé du dol ayant pour objet de tromper sur la personne du conjoint, sur ses

[1] Vid. *supra*, n° 19.

qualités civiles ou morales, sur sa fortune, il nous faut maintenant aborder les fraudes qui peuvent se commettre dans les stipulations qui précèdent le mariage, suivre les époux dans la vie commune, assister à la dissolution de l'union. Le mariage, en effet, déterminant la confusion des intérêts et des biens des époux, offre à la mauvaise foi des occasions nombreuses et faciles à exploiter. La fraude peut donc s'exercer au point de départ du mariage, se continuer pendant sa durée au préjudice de l'époux, de la famille elle-même ; survivre même à la cause qui a entraîné la dissolution. Il faut donc l'examiner dans chacune de ces trois périodes.

---

§ II.

Fraude dans les Stipulations Matrimoniales.

SOMMAIRE.

775. Caractère des conventions matrimoniales. — Conséquences de la fraude.
776. Facilité pour celle-ci de se produire. — Moyen de la prévenir.
777. Irrévocabilité des conventions matrimoniales. — Elles ne peuvent être modifiées après la célébration.
778. Conditions pour la validité des modifications consenties avant la célébration. — Authenticité de l'acte les renfermant.
779. Présence et consentement de toutes les parties.

780. Le consentement doit être donné dans l'acte modificatif. — Tout consentement ultérieur resterait sans effets.
781. Obligation de rédiger les modifications à la suite de la minute de l'acte primitif. — Responsabilité du notaire.
782. Après la célébration, les conventions matrimoniales ne peuvent subir aucune modification. — Nullité absolue de celles qui auraient été consenties.
783. Les difficultés que ce droit fera naître seront donc de pures questions de fait.
784. Mode d'appréciation.
785. Exemples de modifications ou contre-lettres déclarées sans effets.
786. La règle d'après laquelle le droit ancien n'annulait que les changements détériorant le sort de la dot ne peut plus être suivie.
787. Mais on doit encore aujourd'hui distinguer la contre-lettre ou le changement des modifications pouvant résulter de l'exécution naturelle de l'obligation contractée.
788. Application de ce principe à l'acte par lequel le père, la mère ou tous les deux renoncent, au profit de leur enfant, à un avantage résultant de leur contrat de mariage; à la dation d'une hypothèque non stipulée.
789. Les principes régissant les époux et leurs parents s'appliquent aux tiers qui ont été parties au contrat de mariage.
790. La demande en nullité des changements ou contre-lettres illicites peut être exercée par la partie elle-même.
791. L'exécution donnée pendant la durée du mariage ne crée aucune fin de non-recevoir contre la demande.
792. Conséquemment l'action est imprescriptible tant que le mariage n'a pas été dissous.
793. Les conventions et les avantages obtenus par dol ou fraude peuvent être révoqués sur la demande de l'époux trompé.
794. Fraudes dont la constitution de dot est susceptible.
795. Obligation pour le mari de poursuivre la rentrée de la dot. — Sa responsabilité.

796. La quittance d'une dot non reçue constitue une libéralité que les réservataires peuvent faire réduire ; que les créanciers peuvent faire annuler.

797. La reconnaissance d'une dot non réellement faite peut, si le mariage n'a pas été célébré, être annulée sur la preuve écrite de sa simulation.

798. La quittance de la dot, sous pacte secret de se contenter d'une moindre somme, oblige à restituer la somme portée dans le contrat de mariage, le pacte secret étant une contre-lettre nulle.

799. La quittance donnée *spe futuræ numerationis* oblige également à restituer les sommes censées reçues.

800. La contre-lettre fixant la véritable signification de la quittance ne pourrait être opposée à la femme.

801. *Quid* si au lieu d'une contre-lettre le mari avait reçu des effets pour le montant de la dot ?

802. La quittance, par le père de l'époux, de la dot touchée par celui-ci pourrait être attaquée comme constituant une libéralité.

775. — Le contrat de mariage règle les conditions sous l'empire desquelles la famille des époux et les époux eux-mêmes ont entendu contracter. Les stipulations de ce contrat ont ce double caractère : qu'elles sont dans l'intérêt des deux époux, dans celui des enfants à naître du mariage ; qu'elles sont essentiellement corrélatives, en ce sens que les avantages faits à l'un ne sont que l'équivalent de ceux rapportés par l'autre. L'acte qui atténuerait ou anéantirait les uns serait donc une véritable fraude nuisible même aux époux, préjudiciable aux enfants, puisqu'il diminuerait d'autant les ressources destinées au soutien des charges du mariage. Il violerait de plus, et d'une manière viscérale, le caractère de réciprocité qui faisait la loi du contrat.

Les conséquences de cette fraude pour l'avenir de l'union, la paix du mariage, l'influence funeste qu'elle peut exercer sur les relations des époux, sur le sort des enfants à naître du mariage, devaient appeler toute l'attention du législateur dont les efforts devaient tendre non seulement à la réprimer, mais même à la prévenir.

776. — Or, les moyens à l'aide desquels cette fraude devait se réaliser sont extrêmement faciles : *Clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negocii opportunitate confingi potest, vel quod vere gestum est, aboleri*[1]. Il n'y avait donc pas à hésiter sur la marche à adopter. Assurer l'inviolabilité des stipulations matrimoniales, les imposer obligatoirement aux époux à leurs familles, telles qu'elles avaient été stipulées, telles étaient les mesures que la prudence conseillait et que notre loi a sanctionnées.

777. — En principe donc, les conventions matrimoniales sont irrévocables. Toutes dérogations sont de plein droit présumées frauduleuses et, comme telles, frappées d'une nullité radicale. Mais cette irrévocabilité n'est acquise qu'à partir de la célébration du mariage. La raison indiquait qu'on ne pouvait gêner la liberté des transactions, tant que cette célébration n'est qu'un événement conditionnel et futur qu'il s'agit de préparer.

778. — Les modifications sont donc permises avant le mariage. Mais ces modifications ne sont valables que sous certaines conditions. Ainsi il faut :

[1] L. 27, Cod. *De donat.*

1° Que les changements au contrat primitif soient constatés par acte passé dans les mêmes formes que le contrat lui-même. Cette exigence se justifie non seulement par l'intérêt des époux, mais encore par celui des tiers obligés de subir la loi du contrat, sans y avoir en rien participé. Un acte sous seing privé, alors même qu'il eût acquis date certaine par l'enregistrement, pouvait être facilement soustrait à la connaissance des parties intéressées. Déposé entre les mains de l'époux, il pouvait être caché ou produit suivant les besoins. Des difficultés nombreuses pouvaient surgir d'un pareil état de choses, il était donc sage de les prévenir.

D'ailleurs, après les changements, il n'y a pas d'autre contrat de mariage que celui qui ressort des modifications faites au premier. L'acte qui contient ces modifications est donc le véritable, le seul contrat, puisque celui-ci ne peut être qu'authentique, on ne pouvait, sans inconséquence, dispenser de l'authenticité, les accords substitués aux conventions primitives.

779. — 2° Que les changements soient faits en présence et du consentement simultané de tous ceux qui ont été parties au contrat. La loi ne considère pas comme parties au contrat les nombreux parents qui assistent les époux dans cette solennité. Elle ne reconnaît cette qualité qu'à ceux qui, parents ou étrangers, sont intervenus activement au contrat, soit en constituant l'apport des époux, soit en ajoutant par des libéralités quelconques aux avantages concédés par la famille. Ceux-là seuls doivent donc concourrir aux modifications nouvellement convenues,

et les approuver [1]. Le motif nous l'avons déjà indiqué. Les stipulations du contrat de mariage sont corrélatives, tel ne donne à l'un des époux que parce que tel autre en agit de même envers le conjoint. Conséquemment, annuler une libéralité c'est enlever à l'autre le motif qui cependant l'a déterminée, et c'est ce qu'admet la loi, tant que l'auteur de celle-ci n'a pas déclaré le contraire en souscrivant lui-même au changement projeté.

780. — Notons que ce consentement doit être donné au moment même de l'acte modificatif et conster de cet acte même. L'assentiment rapporté à une époque postérieure ne couvrirait donc pas la nullité radicale dont l'absence de la partie intéressée a frappé les modifications faites aux conventions premières.

* [1] On considère généralement comme ayant été parties au contrat de mariage, non seulement les futurs époux, mais encore ceux dont l'assistance leur était nécessaire, et les personnes étrangères qui y sont intervenues pour faire, en faveur des futurs conjoints ou de l'un deux et en vue du mariage, une donation, une promesse, ou une renonciation quelconque — Delvincourt, III, p. 6. — Duranton, XIV, 55 et suiv. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*. — Laurent, XXI, 95. — *Secùs* des parents collatéraux, qui ont assisté au contrat de mariage *honoris causâ* seulement, et même des ascendants, dont l'assistance n'était pas nécessaire pour compléter la capacité des futurs époux — *Voy.* Toullier, XII, 51 et suiv. — Duranton, XIV, 56. — Troplong, I, 257 et 258. — Rodière et Pont, I, 157. — Aubry et Rau, V, § 503 *bis*, p. 260.

Cependant, MM. Duranton (XIV, 57), Rodière et Pont (I, 158) pensent que les ascendants auxquels l'un des époux aurait été obligé, à défaut de consentement, de faire signifier un ou plusieurs actes respectueux, doivent être considérés comme ayant été parties au contrat de mariage, dès qu'ils y sont intervenus, quoiqu'ils n'y aient fait aucune donation ni aucune stipulation. L'opinion contraire de Toullier (XII, 51) et de MM. Aubry et Rau, *Loc. cit.*, nous paraît préférable. — *Voy.* aussi Laurent, XXI, 96.

Ce n'est pas seulement en faveur de ces parties que la loi a cru devoir les appeler, cette précaution a aussi pour but l'intérêt bien entendu des époux que l'on a voulu protéger contre l'excès de leur affection, contre les pièges qu'une famille adroite et intéressée peut semer sur leurs pas. Trop souvent, dit M. Plasman, les fêtes de l'hymen cachent dans les époux, et surtout dans ceux qui les entourent, des projets d'ambition ou des sentiments de cupidité contre lesquels il était prudent d'accumuler tous les obstacles possibles [1]. Or, c'était déserter ce devoir que de permettre aux époux de modifier la loi de leur contrat à leur volonté, hors la présence de ceux qui, par leur qualité ou leurs bienfaits, doivent s'intéresser à leur sort et les défendre contre un aveugle entraînement. Leur éloignement fait donc présumer la fraude que tout d'ailleurs favorise. Ainsi, ajoute M. Plasman, les relations que l'approche du mariage autorise offriront mille prétextes à l'époux pour, sous les apparences trompeuses d'une tendresse affectée, déterminer une jeune fille sans expérience à changer telles ou telles dispositions du contrat; à une belle-mère avide, la facilité d'entraîner un jeune homme passionné à consentir des stipulations dangereuses dans leurs effets et dont il ne pourrait, dans son aveuglement, prévoir à l'instant même les conséquences.

L'imminence du danger a paru telle au législateur, qu'il n'a pas hésité à considérer comme le résultat de l'irréflexion et de l'entraînement les modifications arrêtées hors la présence et sans le consentement de tous ceux qui ont été parties au contrat. C'est d'ailleurs dans le même sens que c'était prononcé notre ancien droit.

[1] *Des contre-lettres*, p. 72.

Sous son empire, la clandestinité des stipulations nouvelles créait contre elles une présomption de fraude contre laquelle nulle preuve contraire n'était admise. « Ces modifications, dit Pothier, peuvent ne pas être vicieuses, néanmoins, l'affectation des conjoints de cacher à leurs parents et au public leurs conventions, en les faisant à part et par un acte séparé de leur contrat de mariage, fait regarder ces conventions comme des conventions dont les époux ont eu honte et qui doivent pour cela être présumées avoir été dictées plutôt par la passion que par de justes motifs [1]. »

Ainsi, d'une part, forme authentique ; de l'autre, présence et concours simultané de tous ceux qui ont figuré au contrat, telles sont les conditions imposées à la validité des changements apportés au contrat de mariage avant sa célébration [2]. L'inexécution d'une de ces conditions, comme la violation de toutes deux, rend l'acte modificatif une contre-lettre vaine et sans portée, frappée, même à l'égard des souscripteurs, d'une nullité radicale et absolue.

781. — A ces précautions prises dans l'intérêt des époux et des tiers parties au contrat de mariage, la loi en ajoute une autre en faveur des tiers absents du contrat. En effet, l'article 1397 dispose que tous changements ou contre-lettres, même revêtues des formes que nous ve-

[1] *Introduction à la communauté*, n° 13.

* [2] *Voy.* sur la nécessité de la présence, Delvincourt, III, p. 5.— Duranton, XIV, 53.— Rodière et Pont, I, 157.—Troplong, I, 235.— *Contrà*, Maleville, sur l'art. 1396.— Toullier, XII, 59.

Voy. sur la simultanéité du consentement, Delvincourt, *loc. cit.*— Duranton, XIV, 52.— Rodière et Pont, *Loc. cit.*

nons de rappeler, seront sans effet à l'égard de ceux-ci, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage. Les tiers ne peuvent subir les stipulations matrimoniales qu'ils n'auraient pas connues et qu'ils ne peuvent connaître que par l'expédition du contrat à la suite de laquelle le notaire doit, à peine des dommages-intérêts des parties, transcrire tous les changements rédigés à la suite de la minute.

782. — Après la célébration du mariage, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir ni modifications, ni changements, sous quelque forme que ce soit. Il n'est plus au pouvoir des époux, des parents, des tiers parties au contrat de les altérer ou de les remplacer par d'autres. En conséquence, tout ce qui aurait été fait contrairement à cette prohibition, alors même que toutes les parties y auraient concouru et consenti, est, de plein droit et d'une manière absolue, considéré comme non avenu et nul [1].

Il importe, en effet, que les stipulations matrimoniales procèdent d'un consentement indépendant et libre. Or, le mariage consommé, il n'y a plus, pour un des époux du moins, ni indépendance, ni liberté. Ce qui, avant la célébration, peut n'être que le résultat de l'entraînement et de l'affection, pourrait n'être, après, qu'un calcul odieux, que le produit de la menace ou de la violence. On comprend d'ailleurs très bien que certaines exigences auxquelles on se fût refusé même au prix de la rupture d'une union projetée, deviennent forcément acceptables

[1] *Voy.* Demante, Thémis, VIII, p. 161 et 229. — Duranton, XIV, 38. — Rodière et Pont, I, 149. — Troplong, I, 201. — C'est à tort que Toullier dit que les avantages résultant de changements apportés au contrat de mariage ne sont pas nuls, mais révocables (XII, 25 et suiv.).

sous la menace de voir se dissoudre l'union consommée. Contre une pareille éventualité, il n'y avait qu'un seul remède efficace, celui édicté par les articles 1395 et 1396, à savoir : l'invalidité absolue, inévitable de tout ce qui aurait été fait. La fraude était si prochaine, si facile, si dangereuse, que le législateur l'a admise comme la cause unique de toutes les modifications apportées après le mariage aux stipulations du contrat.

En présence de dispositions si formelles, la question de droit ne saurait souffrir ou présenter la moindre difficulté. Il n'en sera pas de même de l'existence en fait de la modification ou du changement ; on peut facilement prévoir que la fraude n'abordera jamais de front la barrière infranchissable que la loi lui a opposée ; c'est par des moyens détournés, c'est sous l'apparence de l'acte le plus inoffensif qu'elle s'efforcera d'atteindre le but qu'elle s'est proposée.

783. — Les procès que l'application des articles 1395, 1396 fera naître offriront donc exclusivement des questions d'appréciation du véritable caractère de l'acte signalé comme constituant une modification prohibée. Or, les éléments essentiels de cette appréciation résident tout entiers dans la véritable entente de la pensée du législateur.

784. — Cette pensée est indiquée par le texte même. Le terme *changement* employé par l'article 1396, ceux de *tous changements ou contre-lettres* dont se sert l'article 1397, embrassent, tant d'après leur sens naturel que d'après l'esprit de la loi, toutes conventions ou dispositions nouvelles, soit qu'elles modifient directement ou indirec-

tement les clauses du contrat de mariage, soit qu'elles ne les modifient que d'une manière détournée en altérant ou neutralisant les effets que ces clauses devraient produire [1].

C'est donc en scrutant la pensée des parties, le but réel de l'acte, que les tribunaux parviendront à résoudre sainement le litige soumis à leur décision. Quelle que soit l'apparence donnée à la convention, si ses effets doivent agir sur une des clauses du contrat de mariage ; si, sous prétexte même d'interprétation, elle donne à ses dispositions un sens incompatible avec celui qu'elles offrent naturellement, l'acte doit être considéré comme frauduleux et annulé sur la poursuite de toute partie intéressée.

785. — Par application de ces principes, il a été jugé :

1° Que l'acte par lequel le mari consent à ce que la donation à lui faite par la femme soit réduite à l'usufruit de l'objet donné, est une contre-lettre qui n'a pu valablement être consentie après la célébration du mariage [2];

2° Qu'on doit annuler comme contre-lettre prohibée la reconnaissance faite par le mari postérieurement au mariage que, dans l'intention des parties contractantes, la dot constituée avec terme ne devait pas produire intérêt [3];

3° Qu'il doit en être de même de la déclaration qu'une

[1] Cass., 31 janvier 1837. — *J. du P.*, t. I, 1837, p. 636.

[2] Cass., 9 novembre 1824. — Rennes, 16 mai 1823.

[3] Pau, 9 janvier. — *J. du P.*, 1839, t. II, p. 548.

somme, stipulée payable à une époque déterminée, ne sera exigible qu'au décès du constituant [1] ;

4° Que lorsqu'une rente a été constituée en dot dans le contrat de mariage, il y a changement prohibé dans l'acte par lequel on détermine, après le mariage, le capital de cette rente, on le déclare exigible à volonté, avec hypothèque pour la sûreté du paiement [2].

786. — Cet arrêt est surtout remarquable en ce qu'il s'écarte d'une règle admise par notre ancien droit, à savoir : qu'il n'y avait nullité absolue que lorsque les changements grevaient la position des époux : *Quando nempe fit deterior conditio dotis.* Mais l'espèce dans laquelle il est intervenu rendait, dans tous les cas, ce tempérament inadmissible, puisque la nullité de l'acte était poursuivie par les créanciers du constituant, en force des dispositions de l'article 1167. Il ne peut dès lors être d'un grand secours, quant au principe considéré *in abstracto* et égard aux parties contractantes elles-mêmes.

Toutefois, nous devons dire que, même dans cette hypothèse, la doctrine de l'arrêt serait très juridique. Le Code civil proscrit tous changements postérieurs au mariage, sans distinguer ceux qui améliorent la position des époux de ceux qui la rendraient pire. La nullité est absolue, et dès lors elle peut être invoquée même par ceux qui ont traité avec les époux. Toute la différence qu'il y aura donc entre ces deux cas, c'est que, dans l'un, la nullité sera poursuivie par les époux ou l'un deux, et que, dans l'autre, l'action sera intentée par l'autre partie.

[1] Aix, 7 mai 1847.
[2] Dijon, 17 juillet 1816.

Toute distinction de ce genre eût d'ailleurs offert le grave inconvénient de substituer à une règle positive l'appréciation incertaine des véritables conséquences de l'acte querellé, pouvant, sous l'apparence d'un avantage actuel, receler un grave danger pour l'avenir des époux. Il était donc prudent de bannir la nécessité de cette appréciation en s'en référant au principe général consacré par la loi.

787. — Mais ce principe ne doit pas être poussé jusqu'à des limites trop extrêmes. On ne doit pas confondre l'exécution naturelle d'une obligation pouvant la modifier, avec les changements ou contre-lettres prohibés. Conséquemment, si l'acte souscrit après le mariage n'a pour objet que d'assurer aux stipulations matrimoniales le légitime développement qu'elles comportent, cet acte doit être maintenu. Ainsi la Cour de Cassation a jugé, le 19 janvier 1836, que la réserve du droit de retour autorisé par l'article 951, stipulée dans un contrat de mariage, avait été légalement anéantie par le partage que les ascendants ont fait plus tard de leurs biens entre tous les enfants, partage dans lequel chacun des enfants a rapporté soit fictivement, soit en nature, les biens qui lui avaient été donnés. Ce partage, dit la Cour régulatrice, loin de porter atteinte à la donation faite dans le contrat de mariage, en réalise au contraire les effets par un rapport suivi de l'attribution définitive d'une part plus étendue dans l'hoirie elle-même. C'est donc uniquement par ce partage que se réalise la possession ultérieure et non plus en vertu du contrat de mariage. Dès lors la réserve que celui-ci renferme ne saurait continuer de subsister.

788. — La même Cour avait décidé, le 18 avril 1812, que la convention par laquelle des pères ou mères renoncent à quelqu'un des avantages résultant de leur contrat de mariage, au profit d'un de leurs enfants, ne peut être annulée comme contenant une dérogation au contrat de mariage, qu'elle n'en est plutôt que la juste exécution.

Enfin il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que l'hypothèque donnée après le mariage, à la sûreté des sommes promises dans le contrat, était valablement consentie, quoiqu'elle n'eût pas été primitivement stipulée.

On voit par ces exemples comment il faut entendre et appliquer le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales [1]. C'est par le mobile qui a dirigé les parties qu'on doit apprécier les caractères de l'acte prétendu modificatif, abstraction faite de l'influence que cet acte est destiné à exercer sur le sort des époux. L'avantage qu'ils pourraient retirer d'une véritable contre-lettre ne ferait pas plus maintenir celle-ci que le préjudice, résultant pour eux de ce qui ne serait que l'exécution du contrat, n'amènerait la nullité de l'acte ayant cet objet. Mais la convention, destinée à agir sur les clauses du contrat, soit directement, soit indirectement, soit d'une manière

[1] On ne considère pas comme un changement au contrat de mariage le paiement fait avant la célébration d'une dot stipulée payable après cette célébration. Ce paiement est libératoire même à l'égard des tiers, à moins qu'il n'y ait simulation ou fraude. — Req. 22 août 1865, Sir, 66, I, 437.—Il en serait de même, en principe, d'une convention portant, non sur le capital ou les intérêts de la dot promise en argent, mais seulement sur le mode de paiement, v. g. une dation en paiement passée entre le beau-père et le gendre. — Req. 4 août 1852, Sir. 52, I, 631.

détournée et lointaine, est de plein droit nulle comme présumée frauduleuse.

789. — Les principes régissant les époux et leurs parents s'appliquent aux tiers qui ont été parties au contrat de mariage. Les promesses faites par eux, les donations qu'ils ont consenties devraient être littéralement exécutées, nonobstant toutes déclarations ou tous engagements contraires émanés de l'époux donataire. Conformément à cette doctrine, il a été jugé, et selon nous très juridiquement, que le créancier d'une rente, qui a déclaré dans le contrat de mariage qu'il ne lui était plus rien dû, ne pourrait ultérieurement réclamer le paiement de la rente, en se fondant sur une contre-lettre infirmant la déclaration portée au contrat. L'existence de cette contre-lettre et sa dissimulation constituent une fraude punie par les articles 1396 et 1397, et comme le créancier a directement et personnellement concouru à la fraude, il ne pourrait se faire un titre de sa propre turpitude. Ce ne serait pas d'ailleurs le contrat de mariage qui pourrait rester sans effet, ce qui, dans un cas semblable, est frappé de nullité radicale, c'est exclusivement et uniquement la contre-lettre.

790. — On a prétendu un instant que l'action en nullité de l'époux signataire de la contre-lettre devait être déclarée non-recevable par l'application de la maxime *Nemo auditur*, etc., mais le contraire n'a pas cessé d'être admis par la doctrine et par la jurisprudence. La nullité, édictée par les articles 1396 et 1397, n'est pas seulement fondée sur l'intérêt privé des parties, elle est aussi d'ordre public comme étant favorable aux bonnes mœurs, à la

paix des familles et des unions conjugales. Dès lors non seulement l'époux signataire est recevable à l'invoquer, mais la renonciation directe ou indirecte à s'en prévaloir ne pourrait l'empêcher de le faire [1].

791. — Dès lors, la demande ne saurait être écartée par l'exécution que la contre-lettre aurait antérieurement reçue [2], pourvu toutefois que cette exécution eût été réalisée pendant la durée du mariage. Celle qui suivrait la dissolution constituerait une ratification expresse contre laquelle nul ne serait admis à revenir. A cette époque, en effet, le règlement respectif des intérêts est laissé à la libre volonté des ayants droit. L'ordre public n'a rien à voir aux sacrifices qu'il plairait à chaque partie de s'imposer, en tant que chacune d'elles a la capacité pour les consentir; à ce titre, la renonciation à se pouvoir contre la contre-lettre frauduleuse pourrait valablement être stipulée. Dès lors, aussi, elle pourrait tacitement résulter de la conduite et des actes de la partie.

792. — Il suit de ce qui précède, que l'action en nullité, fondée sur la violation des articles 1396, 1397, est imprescriptible tant que dure le mariage, mais cette imprescriptibilité cesse avec le mariage lui-même. La dissolution se réalisant, le délai de dix ans donné par l'article 1304 commence de courir; conséquemment le silence, qui se serait prolongé au delà de dix ans depuis cette dissolution, éteindrait complètement l'action indépendamment de toute autre ratification expresse ou tacite.

[1] Cass., 29 juillet 1818.

[2] Nîmes, 2 janvier 1843. — *J. du P.*, 1843, t. I, p. 297.

793. — Nous avons dit plus haut que les conventions matrimoniales arrachées par le dol d'un des conjoints sont dans le cas d'être rétractées sur la poursuite de l'autre. Il en serait de même des avantages obtenus par la fraude. La source des uns n'est pas plus pure, plus légitime que celle des autres. L'époux, qui aurait eu recours à la fraude, ne saurait se plaindre de ce qu'on lui arrache ce qu'il a tenté de s'approprier par d'aussi odieux moyens, *Nemini sua fraus patrocinari debet?*

794. — La constitution de la dot peut donner matière à de nombreuses fraudes, soit que le constituant ait promis plus que ce qu'il pouvait ou voulait faire, soit que le mari ait reconnu une dot qui ne lui a pas été comptée ou pour avantager sa femme, ou pour l'honneur du contrat, sous un pacte secret de se contenter d'une somme moindre, *dos ventosa*, ou enfin dans l'espérance de recevoir bientôt les deniers, *spe futuræ numerationis*[1].

795. — Les obligations du constituant sont souverainement réglées par les termes du contrat de mariage. Il ne peut être délié de celle de compter la somme promise que par l'impuissance constatée sur les poursuites du mari. L'effet de cette fraude, de la part du constituant, n'exerce aucune influence sur le mariage; la lé-

* [1] Les reconnaissances de dot ou d'apports pourraient, sans que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales en reçût aucune atteinte, être déclarées purement simulées, ou être annulées pour cause de dol ou de fraude. — Req. 5 janv. 1831, Sir. 31, I, 8; 31 juill. 1833, Sir. 33, I, 480; 2 mars 1852, Sir. 52, I, 262.

gèreté avec laquelle l'époux a cru à des promesses dont il pouvait et devait même vérifier la sincérité le constitue en état d'imprudence, et ne lui laisse d'autre droit que celui de ne pas restituer ce qu'il n'a pas reçu, si, dans les délais voulus par la loi, il a rempli les diligences prescrites.

796. — La quittance que le mari donne de la dot qu'il n'a pas reçue, dans l'intention d'avantager celle qu'il va épouser, n'est qu'une véritable libéralité. Cette quittance l'engage en ce sens que, le mariage consommé, l'obligation de restituer la dot, le cas échéant, est irrévocablement encourue. Toute prétention contraire à la déclaration contenue au contrat, fût-elle expressément justifiée par écrit, ne serait pas même recevable de la part du mari.

Mais les héritiers à réserve, dont les droits se trouveraient atteints par l'excès de la libéralité, les créanciers, en fraude desquels cette libéralité aurait été faite, peuvent exciper du défaut de sincérité de la déclaration faite dans le contrat. Les uns et les autres peuvent attaquer de simulation la quittance de la dot et prouver cette simulation, même à l'aide de la preuve testimoniale et des présomptions. La seule différence entre les créanciers et les héritiers à réserve, c'est que les uns peuvent faire annuler l'avantage concédé à la femme, tandis que les autres ne peuvent en demander que la réduction à concurrence de la quotité disponible [1].

797. — Ces reconnaissances de dot, pour avantager

[1] V. *infra*, nº 1660.

la femme, offrent un autre avantage contre lequel un mari prudent doit se précautionner. Dans l'intention de toutes les parties, la libéralité est essentiellement conditionnelle; elle ne doit sortir à effet que si le mariage s'accomplit. Cette condition manquant, la libéralité n'a plus de cause et se trouve par cela même révoquée. Mais, dans ce cas même, les termes du contrat imposeraient l'obligation de restituer la dot déclarée reçue, sans que l'époux ou ses héritiers fussent admis à prouver outre et contre les énonciations de l'acte, à moins qu'ils ne rapportassent une preuve écrite. La contre-lettre, émanée de la future ou de ses parents qui paraîtraient avoir constitué la dot, fournirait légalement cette preuve. La contre-lettre, en effet, n'est annulée que par la célébration du mariage; tant que cette célébration n'est pas réalisée, les accords projetés restent sous l'empire du droit commun, il ne peut y avoir de véritable contrat de mariage, là ou il n'y a pas de mariage. Conséquemment, la réception prétendue de ce qui devait former la dot de l'épouse, ne constituant plus qu'un engagement ordinaire, peut être anéantie par la preuve écrite qu'elle n'a jamais été qu'une simulation en vue du mariage futur.

798. — Dans la seconde hypothèse, celle d'une dot quittancée sous un pacte secret de se contenter d'une moindre somme, l'obligation du mari ou de ses héritiers, le cas de restitution arrivant, est uniquement réglée par les énonciations du contrat de mariage. Le pacte secret ne saurait même être invoqué contre ces énonciations que la loi reconnaît comme seules obligatoires.

799. — Enfin, la charge de restituer la dot, telle qu'elle

a été reçue dans le contrat, est imposée au mari, alors même que la quittance qu'il en aurait donnée n'aurait été consentie que *spe futuræ numerationis*. Cette hypothèse est de nature à se réaliser plus souvent que les précédentes. Si les parties tiennent quelquefois à honneur de grossir le chiffre de la dot, l'une d'elles au moins considère comme un honneur plus grand d'obtenir dans le contrat la quittance de ce qu'il n'est pas cependant dans le cas de payer actuellement.

Le droit romain rendait commune au contrat de mariage l'exception *de non numerata pecunia* [1]. Le Code civil a abrogé cette règle. La quittance définitive de la dot donnée par le mari l'oblige à en restituer le montant, alors même qu'il ne l'aurait jamais touché. Le mari commet une insigne imprudence en faisant une fausse déclaration dont il connaît d'avance toute la portée. Cette imprudence suffit pour le faire déclarer non recevable à se plaindre de la fraude dont il aurait été la victime.

800. — La contre-lettre qui fixerait la signification réelle de la quittance et déterminerait les obligations du constituant serait nulle à l'encontre de la femme. C'est ainsi qu'on a décidé qu'elle ne pourrait lui être opposée, même à concurrence de sa portion virile dans la succession de son père.

801. — Que si, au lieu d'une contre-lettre, le mari a reçu des obligations souscrites par le constituant, ces obligations deviennent propres au mari qui ne peut contraindre sa femme à les recevoir en compensation de la

[1] L. 3, Cod. *De dote cauta et non numerata.*

dot stipulée. Mais ces obligations constituant une dette légitime de la succession du souscripteur, la femme, héritière de celui-ci, serait personnellement tenue de sa part et portion. Le mari pourrait donc la compenser jusqu'à due concurrence avec les sommes qu'il a à restituer.

802. — Enfin, la dot réellement touchée par le mari peut avoir été quittancée par son père, qui en demeure responsable, le cas de restitution arrivant. Cette déclaration peut être attaquée par tous les ayants droit, c'est-à-dire par les créanciers, par les autres enfants. La justification de la fraude alléguée par les créanciers, agissant en vertu de l'article 1167, déterminerait la nullité complète de l'avantage ainsi concédé par le père. Les autres enfants ne pourraient que le faire réduire à la quotité disponible.

---

§ II.

Fraudes pendant le Mariage.

SOMMAIRE.

803. La confusion d'intérêts et de biens résultant du mariage rend la fraude facile pour les époux.
804. La femme peut la commettre par le détournement d'effets mobiliers. — Conséquences de ce détournement pour elle et pour ses complices.
805. Par l'aliénation d'un objet quelconque sans le consentement et le concours de son mari.

806. Le consentement tacite suffirait. — Comment et par qui peut-il être prouvé?
807. Par la simulation de dettes. — Nullité de celles contractées depuis le mariage.
808. Celles résultant des nécessités du ménage se placent dans une catégorie spéciale. — Comment elles étaient envisagées sous le droit ancien.
809. Système actuel.
810. La disposition de l'article 1410 rend impossible toute antidate dans l'objet de faire considérer la dette comme antérieure au mariage.
811. La fraude est bien plus à craindre de la part du mari. — Précautions de la loi.
812. Révocabilité des donations entre époux pendant le mariage.
813. Refus de récompense pour prétendu paiement de dettes antérieures au mariage.
814. Le paiement de la dette sans date certaine est présumé frauduleux.
815. Le paiement après condamnation obtenue par le créancier donnerait-il lieu à récompense en faveur du mari?
816. Le mari, chef de la communauté, ne peut aliéner à titre gratuit l'universalité ou une quotité du mobilier.
817. Motifs de cette prohibition.
818. Ses conséquences.
819. Simulation qu'elle peut inspirer. — Admission de la preuve orale et de celle par présomptions.
820. La qualité des parties fournirait une présomption grave de la simulation.
821. Autres circonstances pouvant conduire au même résultat.
822. Le rejet de la simulation et le maintien de la vente attaquée n'empêcheraient pas la femme de demander et d'obtenir récompense.
823. La vente de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, qui ne serait qu'une donation déguisée, pourrait être annulée sur la demande de la femme ou de ses héritiers.

824. Comment doit être entendue la faculté accordée au mari de donner à toutes personnes, et à titre particulier, le mobilier de la communauté.

825. Eléments à consulter pour juger du caractère de la donation.

826. La réserve d'usufruit en faveur du mari ferait de plein droit présumer la fraude, quand même elle n'eût pas été exprimée.

827. Les donations autorisées par l'article 1422 peuvent-elles être valablement faites aux personnes présumées interposées.

828. Fraudes que le mari peut commettre, en sa qualité d'administrateur des biens de sa femme.

829. Précautions pour empêcher la dissimulation totale ou partielle du mobilier échu à celle-ci.

830. Les avantages personnels que le mari se procurerait dans les ventes ou échanges des biens de la femme, constituent une fraude ordinaire que celle-ci doit prouver.

831. La femme tenue de son dol l'est également de sa fraude. — Application de ce principe à la fraude concertée entre les époux pour la vente du fonds dotal.

832. Exceptions lorsque l'aliénation est accordée hors des cas prévus par la loi.

833. Lorsque la vente n'est pas faite dans les formes voulues par l'article 1558 du Code civil.

834. A quelle époque peut être exercée l'action soit du mari, soit de la femme ?

835. L'adultère est, de toutes les fraudes, la plus importante par l'influence qu'elle exerce sur le sort des époux, sur l'avenir de la famille.

836. Est une cause de séparation de corps. — Différence, quant à ce, entre l'adultère du mari et celui de la femme.

837. Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère existe au moment de la demande en séparation.

838. La séparation de corps relâchant les liens du mariage, l'époux qui l'a encourue serait tenu d'indemniser l'autre des besoins nouveaux qu'il est dans le cas d'éprouver.

839. La séparation de corps entraîne la révocation des avantages faits à l'époux dans le contrat de mariage.
840. Dans quels cas le mari peut-il désavouer l'enfant.
841. Naissance précoce. — L'enfant né moins de cent quatre-vingt jours depuis le mariage peut être désavoué par le mari.
842. Effet du désaveu par rapport à l'enfant.
843. Mais l'enfant peut opposer les fins de non-recevoir contre la demande.
844. Gravité de la connaissance de la grossesse avant le mariage.
845. Sous l'ancien droit, on admettait la fréquentation de fait comme équipollent de la connaissance de la grossesse. — Le Code civil ne s'arrête qu'à celle-ci.
846. L'assistance du père à l'acte de naissance de l'enfant produit un effet analogue.
847. Il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance désigne l'enfant comme fils du mari. — Il suffit que la mère y soit désignée comme femme mariée.
848. En cas d'absence du mari à l'acte de naissance, pourra-t-on, en justifiant de l'empêchement, prouver qu'il a connu la naissance et avoué la légitimité de l'enfant?
849. La non viabilité de l'enfant rend le désaveu non-recevable.
850. La légitimité de l'enfant, né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, pourra être contestée. — Caractère de cette action.
851. Ancienne jurisprudence. — Droit romain.
852. Incertitude de la science.
853. Système du Code civil.
854. Conséquence qu'il faut en tirer.
855. A qui appartient l'action en contestation de la légitimité.
856. Différence entre le désaveu et la contestation de légitimité par rapport à l'enfant.
857. A quelles conditions le mari peut-il désavouer l'enfant conçu et né pendant le mariage?
858. Caractère de l'éloignement du mari.

859. Impossibilité physique pendant le temps indiqué par l'article 312. — Caractère.
860. Faut-il prendre en considération l'impossibilité morale ? — Débats que cette question a soulevés.
861. Proposition de considérer comme motif de désaveu la séparation de corps réunie à l'adultère. — Rejetée.
862. Le silence gardé par la loi de 1816, abolitive du divorce, laisse les choses dans l'état où les avait placées le Code civil.
863. L'adultère de la femme n'était, pas plus que la séparation de corps, un motif de désaveu.
864. Il en est autrement si la femme adultère a recélé la naissance de l'enfant.
865. Cette double circonstance rend le désaveu recevable et autorise la preuve de son bien fondé.
866. Que faut-il entendre par le recélé de la naissance? — Faut-il que la femme ait dissimulé sa grossesse, recélé son accouchement et fait une fausse déclaration ? — Suffit-il d'une ou de plusieurs de ces circonstances ?
867. Il ne suffirait pas, pour que le désaveu fût irrecevable, que la femme eût fini par déclarer une grossesse qu'elle avait d'abord dissimulée.
868. Observation de M. le conseiller-rapporteur Mesnard, et arrêt conforme de la Cour de Cassation.
869. Conclusion.
870. Quels que soient les termes de l'article 313 du Code civil, la demande en désaveu est recevable avant même qu'il y ait chose jugée sur l'adultère.
871. Mais nous ne pouvons admettre, avec un arrêt de la Cour de Cassation, que l'adultère est la conséquence naturelle du recélé de la naissance.
872. L'article 313 exige la preuve préalable de l'adultère, c'est ce que prouve la discussion au Conseil d'Etat.
873. Procédure que doit suivre le mari.
874. L'action en désaveu est personnelle au mari.
875. L'action ne passe aux héritiers que si le mari meurt avant l'expiration du délai accordé pour son exercice.

876. Quels sont les héritiers dont parle l'article 317?
877. Tant que le mari est vivant, nul autre que lui ne peut désavouer l'enfant; conséquemment l'héritier présomptif de l'absent ne serait pas recevable à intenter l'action.
878. Opinion contraire de Merlin.
879. Réfutation.
880. *Quid* du tuteur de l'interdit?
881. Arrêt de Colmar, refusant l'action, cassé par la Cour suprême.
882. Observations contre la doctrine de celle-ci.
883. Les fins de non-recevoir opposables au mari peuvent être opposées à ses héritiers.
884. L'héritier qui aurait personnellement reconnu la légitimité de l'enfant ne pourrait plus le désavouer.
885. Délai accordé au père pour intenter l'action en désaveu.
886. Délai accordé à l'héritier.
887. Différence du point de départ de ce délai, selon que l'héritier est ou n'est pas en possession de l'hérédité.
888. Déchéance encourue si le mari ou l'héritier, après avoir notifié le désaveu en temps utile, n'intente pas l'action en justice dans le mois de cette notification.
889. Quelles personnes doivent être appelées dans l'action en désaveu.
890. Fraudes dont la naissance d'un enfant peut être l'occasion.
891. Différence entre la suppression et la supposition de part.
892. L'enfant à qui on a enlevé sa filiation est admis à la réclamer, s'il a une preuve littérale ou un commencement de preuve par écrit.
893. Que faut-il entendre par le commencement de preuve en cette matière?
894. A qui appartient l'action en suppression ou en supposition de part.
895. Motifs qui ont fait accorder celle-ci aux parents et autres ayants droit.
896. Par quels principes est régie l'action des parents et ayants droit, quant à la preuve?
897. La prohibition de toute poursuite d'office par le ministère

public s'applique au cas de suppression ou de substitution comme à celui de supposition.
898. Conséquence possible de l'action de l'enfant.

803. — Quel que soit le régime adopté par les époux, il naît de leur union une telle confusion d'intérêts et de biens, que la femme, que le mari surtout, trouve des occasions nombreuses et faciles pour se livrer à la fraude. La fraude existe toutes les fois que la propriété commune est abusivement appliquée au profit personnel de l'un des époux.

804. — En tête des moyens que la femme peut employer pour arriver à ce résultat, se place le détournement d'effets mobiliers commis à l'insu et au préjudice du mari. Au point de vue moral, ce détournement constitue un véritable vol que la loi devrait punir, mais l'honnêteté publique répugnait à l'idée d'une femme traînée sur la selette de l'infamie à la requête de son époux, du père de ses enfants. De là, la disposition de l'article 380 du Code pénal, aux termes duquel les soustractions des époux, au préjudice l'un de l'autre, ne donnent lieu qu'à une action civile en réparation. Les dommages-intérêts accordés au demandeur sur les biens du coupable entraînaient autrefois la contrainte par corps. La loi de 1832 est venue mettre un terme à cet état des choses, en proscrivant cette voie rigoureuse entre les époux.

Les complices de l'époux ne profitent ni de l'immunité quant à la peine, ni de la prohibition de la contrainte par corps. Remarquons que la seule complicité punissable de peines corporelles est celle qui se trouve définie par le Code pénal et qui réunit les caractères ex-

pressément déterminés. L'absence de ces caractères entraînerait donc l'acquittement du prétendu complice.

Cet acquittement enlevant au fait son caractère de délit, mettrait donc les tribunaux correctionnels dans l'impossibilité d'allouer des dommages-intérêts. Mais leur décision à cet égard n'exercerait aucune influence sur l'action en répression de la fraude dont les tribunaux civils pourraient être investis, répression qui peut être prononcée tant contre l'époux lui-même que contre les tiers qui l'ont assisté. L'allocation des dommages intérêts pourrait être prononcée avec contrainte par corps contre ces derniers.

805. — La femme qui ne peut, pendant mariage, rien détourner, ne peut non plus disposer de rien sans le concours et l'assistance de son mari. L'aliénation d'un objet quelconque, même par la femme commune en biens, constituerait donc une fraude dont le mari serait autorisé à poursuivre la réparation tant contre la femme que contre le tiers acquéreur. Pour ce qui concerne celui-ci, la fraude est présumée par cela seul que, connaissant la qualité de la femme, il a consenti à traiter avec elle sans s'être assuré de l'assentiment et du concours du mari. Mais cette présomption n'exclut pas la preuve contraire que le tiers, que la femme elle-même, est toujours recevable à offrir.

806. — Les éléments de cette preuve contraire résident : d'une part, dans la connaissance que le mari aurait eu de la conduite de sa femme ; de l'autre, dans la ratification expresse ou tacite qu'il aurait donnée à l'acte dont il se plaint ; comme si, le fait connu par le mari n'avait

amené aucune réclamation de sa part, s'il avait reçu le prix de l'objet aliéné, ou si, à son vu et su, ce prix avait été consacré au profit et à l'avantage du ménage. Le législateur, en voulant protéger les époux contre leurs fraudes réciproques, n'a, de près ni de loin, entendu rendre les tiers victimes de leur collusion. Le mari d'ailleurs pourrait très bien laisser sa femme agir seule et prétendre ensuite avoir été spolié pour obtenir ainsi un bénéfice injuste. Ce projet serait facilement supposé, s'il paraissait que le mari a connu et toléré la conduite de sa femme, qu'il l'a encouragée par son silence.

La femme elle-même peut en fournir la preuve et obtenir ainsi le rejet de l'action intentée par son mari. Le tiers peut mieux encore, car il est exposé à n'être poursuivi que par le résultat d'un concert frauduleux entre les époux. On admet donc qu'alors même que la fraude de la femme serait établie, s'il est prouvé que ceux qui ont traité avec elle ont été de bonne foi, et que, par la nature des relations des époux entre eux, ils ont eu juste motif de croire à l'assentissement du mari, le recours de celui-ci doit être rejeté en ce qui les concerne. C'est à lui, en effet, plutôt qu'aux tiers à répondre des conséquences que sa trop grande confiance en sa femme a pu entraîner. Il suffit que cette confiance ait existé, qu'elle ait été notoirement connue, qu'elle soit devenue la cause déterminante de la conduite des tiers pour qu'ils soient à l'abri de tous reproches sérieux.

C'est donc sur les antécédents des époux que l'attention des magistrats doit particulièrement se fixer. La tolérance habituelle du mari, pour des actes de la nature de celui dont il se plaint, pourrait devenir, contre sa demande, une fin de non-recevoir péremptoire. A dé-

faut, sa ratification expresse ou tacite produirait le même résultat.

807. — La femme pourrait trouver une occasion de fraude dans la facilité qu'elle a de simuler des dettes qu'elle prétendrait faire payer par son mari. Mais, comme dans toutes les hypothèses où la fraude est prochaine, la loi n'a pas manqué aux précautions que celle-ci réclamait. Or, de deux choses l'une, ou les dettes se rapporteront par leur date à une époque postérieure au mariage, ou elles paraîtront l'avoir précédé.

Dans le premier cas, la femme, incapable de contracter sans l'assistance et l'autorisation de son mari, n'a pu ni engager valablement celui-ci, ni s'engager elle-même. La dette réelle ou simulée est donc sans portée, sans conséquence aucune, le tiers qui a traité avec la femme reste personnellement tenu de la nullité que la femme elle-même pourra lui opposer.

808. — Il est cependant des dettes qui échappent à la rigoureuse application de ce principe. La femme est ordinairement chargée de pourvoir aux dépenses de nourriture et d'entretien. Dans cet objet, elle traite avec les fournisseurs, sans l'autorisation spéciale du mari dont elle est, quant à ce, réputée le mandataire. Elle pourrait donc, dans l'exécution de ce mandat et de concert avec ses fournisseurs, exécuter la fraude. Quels seraient, dans cette hypothèse, les droits du mari?

Notre ancien droit avait admis, pour les dettes de cette nature, une exception au principe de l'autorisation. En conséquence, le mari ne pouvait arguer du défaut de cette autorisation pour se dispenser de les payer. Mais

il fallait pour cela que les achats n'eussent pas été trop fréquents et trop considérables, pour que le fournisseur ne fût pas lui-même suspect de fraude ou coupable d'imprudence[1].

809. — Les principes consacrés par le Code n'ont rien qui répugne à cette solution. Ils reconnaissent, en effet, la possibilité d'un mandat verbal, et certes on ne saurait jamais l'admettre plus justement qu'en faveur de la femme pour tout ce qui concerne les besoins du ménage. Le mari serait donc tenu de l'acquittement des dépenses faites à cette intention, quoiqu'il ne les eût pas actuellement et spécialement autorisées, à moins cependant que l'abus d'un côté, la complaisance, la fraude ou l'imprudence de l'autre, eût poussé ces dépenses au delà des limites naturelles et justes[2].

810. — Quant aux dettes se rapportant à une époque antérieure au mariage, le mari a, contre la fraude résultant de l'antidate, un remède assuré dans la disposition de l'article 1410 du Code civil. On sait que cet article n'admet, comme dettes obligatoires, que celles qui ont date cer-

[1] Parlement de Dijon, 8 janvier 1693. — Nouveau Denisart, v° *Autorisation*.

* [2] *Voy*. sur ce point, Merlin *Rép.*, v° *Autorisation maritale*, § 7. — Toullier, XII, 261-273.— Duranton, XIV, 250.— Rodière et Pont, II, 792.— Demolombe, IV, 169. — Troplong, II, 839 et 840. — Civ. rej. 14 févr. 1826.

Pour le cas où les époux se sont volontairement séparés, et pour celui où le mari refuse de recevoir la femme au domicile conjugal, *Voy*. Rodière et Pont, II, 793. — Req. 13 févr. 1844, Sir. 44, I, 662.

Mais le mari pourrait, en défendant directement et individuellement aux fournisseurs de faire crédit à sa femme, se mettre à l'abri de toute poursuite de leur part. Toullier, XII, 262. — Demolombe, IV, 170. — Rodière et Pont, II, 796.

taine avant la célébration du mariage[1]. L'absence de cette condition faisant présumer la fraude, laisse le créancier entièrement désarmé vis-à-vis du mari.

Par rapport à lui, en effet, la présomption de fraude est absolue, n'admettant aucune preuve contraire[2]. Le Code a formellement dérogé sur ce point à notre ancien droit, sous lequel le créancier était admis à faire preuve de la sincérité de la dette. Mais il en est autrement de la part de la femme signataire. L'absence d'une date certaine, l'incapacité résultant du mariage a pu faire suspendre l'application, à son encontre, du principe que l'acte fait foi de sa date contre la partie, mais non le méconnaître d'une manière définitive. En conséquence, le créancier pourra détruire la présomption de fraude que ces circonstances élèvent contre son titre, en prouvant qu'il a été réellement souscrit avant le mariage. Cette preuve acquise fera condamner la femme au paiement de la dette. Mais pendant la durée du mariage, l'exécution de cette condamnation ne pourra être poursuivie que sur la nue-propriété des immeubles personnels à la femme .

*[1] Un acte sous-seing privé, souscrit par la femme, devra être considéré comme ayant acquis date certaine à l'égard du mari, non seulement lorsqu'il aura été, avant le mariage, revêtu de la formalité de l'engistrement, ou quand l'une des parties signataires sera décédée avant cette époque, mais encore lorsque cet acte aura été relaté dans un acte authentique passé antérieurement au mariage. — *Voy.* Toullier, XII, 202. — Rodière et Pont, II, 711.

*[2] M. Troplong pense cependant que les tribunaux ont le pouvoir de déclarer, d'après des faits graves et concluants, l'antériorité des dettes de la femme (II, 773) ; mais cette opinion, que repoussent la lettre et l'esprit de l'art. 1410, est rejetée par la doctrine.

[3] V. *infra*, nos 813 et suiv.

811. — Nous venons de voir quelles sont les fraudes que la femme peut tenter et les précautions que la loi a cru devoir prendre en faveur du mari. Hâtons-nous de le dire cependant, celui des deux époux qui a le plus besoin de protection n'est pas le mari, car, non seulement il a, en sa qualité, des moyens suffisants pour se défendre efficacement, mais encore de beaucoup plus grandes facilités à consommer la fraude au détriment de sa femme. L'autorité du sexe, l'influence que son titre lui assure, la qualité de chef de la communauté, d'administrateur des biens personnels de sa femme, tout, en un mot, lui offre les plus grandes facilités pour préparer et consommer la fraude; dont le désir de réunir sur sa tête la fortune de sa femme lui inspirera l'idée.

812. — Déjà, la crainte qu'il ne voulût arriver à ce résultat au moyen des libéralités qu'il se ferait consentir a fait admettre le principe de la révocabilité des donations entre époux, faites pendant la durée du mariage. Ce n'était pas assez. On pouvait vouloir déguiser la libéralité sous la forme d'emprunts contractés solidairement par la femme et le mari, et l'article 1431 a décidé que, dans ce cas, l'obligation de la femme n'est qu'un simple cautionnement à l'égard du mari qui est tenu de la récompenser.

Nous pourrions multiplier les exemples. Nous résumons l'esprit de la loi à cet égard dans ces quelques mots : La femme, pendant le mariage, est présumée, pour tous les actes qu'elle fait en faveur de son mari, céder à une influence qu'elle ne peut ni combattre ni vaincre. En conséquence, elle peut toujours révoquer les libéralités directes qu'elle a faites. Quant aux libéralités indirectes, quelle que soit la forme dont elles ont été

revêtues, et malgré son concours direct à l'acte, elle est toujours recevable à quereller l'acte de simulation et à en établir le véritable caractère même par la preuve testimoniale.

813. — La loi va plus loin encore. Elle admet dans certains cas la simulation comme une vérité démontrée, ne permettant même pas la preuve contraire. Nous en trouvons un exemple remarquable dans cet article 1410 dont nous nous occupions tout à l'heure.

Les dettes antérieures au mariage ne sont obligatoires pour le mari que si elles ont date certaine avant la célébration. Le mari qui, nonobstant le défaut de date, acquitte ces dettes, n'a aucune récompense à demander à raison de ce paiement. Le motif de cette prescription, qui peut dans certain cas consacrer une injustice, est facile à saisir : c'est que le mari trouverait dans la supposition de dettes de ce genre, et dans le paiement fictif qu'il paraîtrait en avoir fait, moyen de s'attribuer la fortune de sa femme en échappant à la révocabilité des donations [1]. On l'encourageait ainsi à se faire consentir des libéralités sous cette forme, ce qui était d'une exécution facile, puisqu'on n'avait qu'à antidater les obligations dont on simulerait l'existence.

814. — Conséquent dans la règle dont il ne s'est

[1] Le mari qui paie une pareille dette reconnaît implicitement qu'elle a été contractée avant le mariage.

— L'aveu du mari qu'une dette de la femme est antérieure au mariage, le rend non recevable à opposer, comme chef de la communauté, le défaut de date certaine du titre qui la constate. — Req. 12 janv. 1857, Sir. 57, I, 353.

jamais départi et que nous avons eu bien de fois l'occasion de rappeler, à savoir : que plus la fraude est facile et plus on doit non seulement la réprimer, mais encore la prévenir, le législateur n'a pas hésité dans cette circonstance. Le paiement de la dette sans date certaine est présumé frauduleux, on ne paie pas ce qu'on sait ne pas devoir. Conséquemment, si le mari a réellement payé, ou il a reconnu que la dette était celle de la communauté, ou, la sachant personnelle à sa femme, il a voulu faire à celle-ci une libéralité qu'il pouvait croire méritée ; dans l'un comme dans l'autre cas, il ne lui était dû aucune récompense ; à plus forte raison si le paiement et la dette elle-même n'étaient que le résultat d'une simulation.

815. — Si, sur le refus du mari, le créancier de la femme l'a poursuivie et a obtenu contre elle une condamnation, faudrait-il encore refuser toute récompense au mari qui aurait plus tard désintéressé le créancier?

L'affirmative a été soutenue sur le fondement que la fraude, qui a présidé dans la supposition de la dette, pourra bien se continuer devant la justice qu'on saura bien mettre dans l'impossibilité de ne pas condamner; qu'on court donc la chance de faire réussir une simulation par une nouvelle simulation plus audacieuse et plus coupable encore.

Cette doctrine condamnerait le mari à ne jamais venir au secours de sa femme, alors même que le créancier aurait commencé l'expropriation de la nue-propriété des biens personnels à celle-ci. Ainsi, ce qu'un tiers serait libre de faire, le mari ne pourrait l'accomplir, alors même qu'un évident intérêt rendrait cet acte d'un immense avantage pour la femme : d'abord, en empêchant

la vente à vil prix de ses propres, ensuite en renvoyant à la dissolution du mariage le remboursement des sommes avancées. Nous ne saurions croire que telle ait été l'intention du législateur.

Sans doute une fraude est possible et le danger signalé ne manque pas de gravité. Mais une présomption de fraude, attachée à un jugement rendu sur les conclusions du ministère public, serait un fait trop anormal pour qu'on doive l'ériger en principe. La condamnation judiciaire de la femme fera donc supposer la dette sincère et le paiement légitime, sauf le droit de la femme de justifier la simulation de l'un et de l'autre.

Ainsi, avant toute poursuite, le paiement d'une dette supposée antérieure au mariage, mais n'ayant pas date certaine, reste pour le compte exclusif du mari, ou soit de la communauté. Le paiement qui a suivi la condamnation de la femme oblige celle-ci à en récompenser le mari, à moins qu'elle ne prouve, soit par titres, soit par témoins ou par présomption, que le jugement lui-même n'a été obtenu que par un concert frauduleux qui lui a été commandé par celui-ci.

816. — Comme chef de la communauté, le mari a la libre disposition des biens dont elle se compose. L'exercice de cette faculté pouvait entraîner de graves abus, de nombreuses fraudes contre la femme. C'est dans cette prévision que la loi a d'abord songé à en réglementer l'exercice, eu égard aux libéralités que le mari pourrait vouloir consentir.

L'article 1422 lui prohibe le droit de disposer entre vifs et à titre gratuit des immeubles, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des

enfants communs [1]; de retenir l'usufruit des effets mobiliers qu'il lui est permis de donner à titre particulier à toutes personnes.

817. — Le législateur, en assurant au mari la libre disposition des biens communs, a entendu que l'exercice de cette faculté fût marqué au coin de la loyauté et de la justice; qu'elle ne dépassât jamais les limites que la copropriété impose aux intéressés. Tout ce qui s'écarte de ce caractère, tout ce qui tendrait à enrichir exclusivement le mari ou à dépouiller la femme en faveur de tiers par lui élus, doit être sévèrement proscrit. C'est, au reste, ce qui est formellement rappelé dans l'article 1437.

818. — Les actes faits contrairement aux prescriptions de l'article 1422 sont présumés, de plein droit, appartenir à l'une de ces deux hypothèses. Ils sont, en conséquence, frappés d'une nullité radicale comme faits en fraude de droit de la femme [2].

* [1] Le terme *établissement*, de l'art. 1422, ne doit pas être pris dans le sens restreint d'un établissement par mariage (*Voy.* art. 204) — *Voy.* Laurent, XXII, 13.

* [2] Le concours ou le consentement de la femme à une donation immobilière faite par le mari, la rendrait-elle non recevable à la critiquer?

La question est controversée. La négative est admise par plusieurs auteurs. *Voy.* notamment Rodière et Pont, II, 879. — Marcadé sur les art. 1421 à 1423, n° 2. — Laurent XXII, 21 et suiv. L'affirmative nous parait mieux fondée. C'est seulement dans l'intérêt de la femme que la restriction au pouvoir du mari a été établie; il semble donc naturel d'en conclure qu'il doit lui être permis de renoncer à l'effet de cette restriction. *Voy.* Aubry et Rau, V, § 509, note 14, p. 328, et les autorités citées par ces auteurs.

819. — Ce que cette volonté ferme de la loi à cet égard peut faire naturellement présumer, c'est que le mari aura recours à la simulation pour déguiser la fraude. C'est sous l'aspect d'un acte à titre onéreux qu'il cachera les libéralités qu'il ne peut faire d'une manière directe. Mais la femme est toujours recevable à contester le caractère de l'acte, à demander, soit aux présomptions, soit à la preuve orale, la justification de la simulation et de la fraude.

820. — Au nombre et au premier rang des présomptions pouvant fournir cette preuve, se place celle tirée de la qualité de la partie qui a traité avec le mari, comme si elle était son héritier présomptif ou si celui-ci se trouvait être le sien. L'identité d'intérêt naissant de cette circonstance a toujours été signalée comme un grave indice de fraude, alors même que la législation permettait au mari de donner les immeubles de la communauté [1]. La vente consentie à une pareille personne était, par cela même, considérée comme une donation faite à un incapable, c'est-à-dire au mari lui-même.

Sous l'empire de notre droit actuel, il n'y a fraude acquise que lorsque l'acte, sous l'apparence d'un titre onéreux, est reconnu ne renfermer qu'une libéralité pure. Il faut donc *à priori* établir l'existence de la simulation. L'identité d'intérêt entre l'héritier présomptif d'un individu et cet individu lui-même pourrait ne pas paraître suffisante dans telle ou telle hypothèse pour qu'on admît cette simulation, mais, à coup sûr, elle serait dans toutes d'un poids très grave; et, pour peu qu'elle se

[1] Pothier, *De la communauté,* nos 480 et suiv.

trouvât étayée par quelques autres circonstances, elle serait de nature à entraîner et à lier la conviction du juge.

821. — Les circonstances qui peuvent, indépendamment de la qualité des parties, indiquer et prouver la simulation sont : l'époque de la vente, si elle a été faite pendant la maladie de l'un des époux ou depuis l'instance en séparation; le défaut de prix ou sa vilité; la position de fortune du prétendu acquéreur; ses relations d'intimité avec le mari; l'absence chez celui-ci de tout besoin de vendre, ou la continuation après la vente de l'état de gêne dans lequel il se trouvait avant; la rétention de la propriété sous prétexte de relocation; le paiement des contributions; les réparations faites à l'immeuble postérieurement à la vente; enfin, tous les actes dont l'existence ne pourrait se concilier avec l'idée d'un désinvestissement sérieux et réel; l'aveu échappé au mari sur le véritable caractère de la prétendue vente.

822. — Le rejet de la prétention touchant la simulation et le maintien de la vente comme sincère ne s'opposeraient nullement à ce que la femme demandât et obtint une récompense, si le mari, s'appropriant le prix de l'aliénation, en avait frustré la communauté.

823. — Les principes applicables aux ventes d'immeubles régissent l'aliénation de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Celle qui ne serait, en réalité, qu'une donation déguisée devrait être annulée sur la poursuite de la femme ou de ses héritiers. Les meubles ayant fait l'objet de cette donation pourraient même être revendiqués contre le tiers jusqu'à concurrence de la récom-

pense due à la femme, si les biens restant libres à la communauté ne pouvaient y suffire. Les droits du possesseur en matière de meubles méritent sans doute la plus grande considération, mais la simulation de la vente admise, il n'y a plus qu'une donation prohibée ayant pour conséquence inévitable d'anéantir le titre en vertu duquel le tiers est en possession. On ne saurait, dans aucun cas, préférer le donataire au créancier, au copropriétaire de l'objet donné sans son consentement et contre ses intérêts.

824. — Le mari a la faculté de donner à toutes personnes [1], à titre particulier, le mobilier de la communauté, mais cette faculté doit être entendue et appliquée sans abus. Bientôt, en effet, la multiplicité des dispositions particulières, leur importance, absorberaient les facultés de la communauté en fraude des droits de la femme et rendraient illusoire la prohibition de l'article 1422. Il faut, en effet, reconnaître que cette faculté prête singulièrement à l'abus et qu'il paraît quelque peu contradictoire qu'en prohibant au mari de donner une quotité du mobilier valant quelques centaines de francs, on lui permette de donner, à titre particulier, un capital ou une somme de dix, de vingt mille francs. Cette apparente anomalie indique quelle a été la véritable pensée du législateur, pensée dont il importe de se bien pénétrer pour ne

* [1] Les donations d'objets mobiliers déterminés, faites par le mari à ses enfants d'un premier lit, sont valables et opposables à la femme, sauf récompense envers la communauté (art. 1469 C. civ.). *Voy.* Rodière et Pont, II, 885. — Marcadé sur l'art. 1422, n° 4. — Civ. rej. 13 janvier 1862, Sir. 62, I, 249.

pas donner à son expression plus d'étendue qu'elle n'en comporte.

825. — On doit d'abord rechercher le véritable caractère de la donation à titre particulier dans l'époque qui l'a vue se produire. « Ainsi, dit M. Chardon, si le mari, pendant une instance en séparation, avait distribué gratuitement une partie importante de son mobilier à diverses personnes et à titre particulier, l'intention de nuire à la femme plutôt que de se livrer à des actes de pure bienfaisance étant certaine, il serait difficile de rejeter les plaintes de la femme.

» Que, prêt à succomber à une maladie grave, un mari fasse des dons particuliers d'effets mobiliers, on ne pourrait voir, dans ces générosités tardives, que des infractions à l'article 1422, et dans le mode employé, qu'un détour frauduleux pour échapper à sa prohibition. Il faudrait donc réputer ces dons testamentaires, et, comme tels, les imputer sur la part du mari dans la communauté.

» La même sévérité serait justement inspirée par des dons de meubles que ferait un mari pendant la maladie qui se terminerait par la mort de sa femme. C'est le sentiment de Lebrun, de Pothier, de Merlin. Il serait d'autant plus juste de le suivre, que quand même on ne serait pas convaincu que le mari a agi dans un esprit de fraude, au moins est-il constant qu'il a commis un abus intolérable d'autorité en abandonnant ainsi des objets dont il savait que bientôt il n'aurait plus le droit de disposer [1].

Dans quelques circonstances que se soit réalisée la do-

[1] T. II, p. 173.

nation à titre particulier, si elle a été précédée ou suivie d'autres actes de même nature, si son importance est telle qu'on puisse supposer que le but principal de son auteur a été de priver sa femme de la part que la loi lui assurait, on ne doit pas hésiter à en anéantir les effets à l'égard de celle-ci. Ce que la loi a voulu en sanctionnant le droit de donner à titre particulier, c'est que le mari ou ses héritiers ne fussent pas injustement tourmentés pour quelques minces largesses faites de bonne foi et sans fraude. Tout ce qui s'écartera de ce caractère essentiel devra facilement être considéré comme frauduleux [1].

826. — La fraude est de plein droit présumée par la réserve de l'usufruit de la chose donnée, stipulée en faveur du donateur. Dans ce cas, en effet, le mari dépouille sa femme sans se dépouiller lui-même. La donation devient bien plutôt une disposition testamentaire qu'une véritable donation. Sous l'un comme sous l'autre aspect, il y a lieu soit d'indemniser la femme, soit d'imputer la valeur des objets donnés sur la part du mari dans la communauté.

La réserve d'usufruit peut n'être pas stipulée à l'effet d'éluder la disposition de l'article 1422, mais son existence est de nature à être prouvée par témoins. Elle peut également résulter de présomptions et d'indices dont l'appréciation est abandonnée aux lumières et à la pru-

* [1] Le mari peut donner à toutes personnes des objets mobiliers spécialement et individuellement désignés, quelles qu'en soient la quantité et la valeur. Toullier, XII, 311.

Toutefois l'excès d'une telle donation, même faite au profit d'un étranger, serait facilement présumée frauduleuse. Pothier, n° 481. — Troplong II, 887. — Aubry et Rau, V, § 509, note 9, p. 327.

dence des juges. L'exécution, en ce sens que la donation aurait reçue, dispenserait de toute autre preuve. C'est ce que le Parlement de Paris décida le 7 septembre 1717 [1]. C'est ce qui a été depuis maintes fois consacré par la jurisprudence moderne [2].

Il serait impossible de prévoir tous les développements que le mari peut imprimer à la fraude dans l'exécution du pouvoir qui lui est conféré sur les biens de la communauté. Mais les principes qui précèdent suffiront, par leur application, à résoudre toutes les hypothèses qui se présenteront.

827. — Nous terminerons sur ce point en examinant une difficulté que les termes de l'article 1422 ont fait naître relativement aux donations à titre particulier. La loi permet au mari de les faire à toutes personnes, d'où l'on a voulu conclure qu'elle avait dérogé aux règles applicables soit à l'interposition de personnnes présumées, soit à celle qui doit être prouvée. Mais on a répondu que s'il existe un principe certain, c'est que le mari n'a pas le pouvoir de se donner à lui-même. Ce principe n'avait pas besoin d'être expressément rappelé, il résulte de la force des choses, il ressort d'ailleurs de la disposition de l'article 1437. Or, le mari qui donne à une personne interposée en sa faveur se donne réellement à lui-même, il fait donc ce qu'il ne peut pas faire, ce qui ne saurait, dès lors, produire le moindre effet. L'interposition de personne serait, dès lors, un moyen de nullité de la donation que rien n'empêche les parties intéressées de faire valoir. Légalement présumée

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Indices*, n° 2.
[2] Bruxelles, 13 août 1813. — Orléans, 29 juillet 1822.

dans les hypothèses prévues par l'article 911, elle pourra, dans tous les autres cas, être prouvée tant par témoins que par présomptions.

828. — Comme administrateur des biens de sa femme, le mari a la facilité de commettre des fraudes, soit en dissimulant tout ou partie du mobilier échu à la femme, soit en stipulant des avantages secrets dans les partages, ventes ou échanges des immeubles personnels à celle-ci.

829. — En prévision de la première hypothèse, la loi oblige le mari à faire dresser inventaire des facultés mobilières que la femme est appelée à recueillir. Faute par lui d'y procéder, comme en cas d'infidélité dans l'accomplissement de cette mission, la femme ou ses héritiers seront admis à prouver la consistance de ces facultés tant par témoins que par commune renommée.

830. — Le second cas constitue une fraude ordinaire, comme lorsque, chef de la communauté, le mari crée des dettes fictives, s'applique les sommes empruntées ou le prix provenant de l'aliénation des biens communs. La répression de cette fraude est donc laissée aux règles ordinaires. C'est à la femme qui l'allègue à la prouver par toutes les preuves autorisées par la loi. Le mari ne serait pas recevable à contester l'admissibilité de la preuve orale sous prétexte que la femme aurait signé la vente, le partage ou l'échange. Le concours qu'elle a donné à l'acte ne peut s'entendre que des stipulations apparentes que cet acte renferme, et jamais de celles que le mari aurait exigées à son insu et contre ses intérêts.

831, — La femme tenue de son dol, l'est également de sa fraude. Conséquemment, les simulations concertées par elle et son mari ne sauraient nuire aux tiers qui ont contracté avec eux dans l'ignorance de ces simulations. Ainsi, lorsque les époux, se plaçant frauduleusement dans un des cas prévus par l'article 1558, ont obtenu de la justice l'autorisation de vendre le fonds dotal, l'effet de cette vente est irrévocablement acquis en faveur des tiers restés étrangers à l'acte des époux et qui se sont rendus acquéreurs de bonne foi [1].

Sans doute la femme peut n'avoir obéi qu'à l'influence irrésistible dont nous parlions tout à l'heure. Aussi ne devrait-on pas lui refuser son recours contre le mari. Mais ce motif n'a aucune autorité réelle contre l'acquéreur, devant d'autant moins suspecter le caractère de la vente, que son opportunité avait été, après examen, consacrée par la justice [2].

832. — Mais l'aliénation du fonds dotal ne pouvant être réalisée qu'aux formes et dans le cas nommément prévus par la loi, il en résulte que si par fraude les époux ont demandé l'autorisation d'aliéner hors ces cas, la vente est nulle contre le tiers de bonne foi, alors même qu'elle

[1] Caen, 12 juin 1842. — Devilleneuve, 42, 2, 462. — Cass., 17 mars 1847. — D. P., 47, 1, 151.

* [2] Il est généralement admis que, lorsque l'autorisation de justice a été accordée pour un des cas prévus par la loi, le tiers acquéreur ne peut être recherché, sous le prétexte que les faits allégués pour obtenir cette autorisation étaient faux. *Voy.* Troplong, IV, 3493, 3495 et 3499. — Civ. cass. 17 mars 1847, Sir. 47, I, 576, Req. 14 févr. 1848, Sir. 49, I, 387; 30 déc. 1850, Sir. 51, I, 29; 22 août 1855, Sir. 56, I, 319; 7 juill. 1857, Sir. 57, I, 734.

n'eût été faite qu'en vertu d'un jugement. La justice elle-même n'a pas le pouvoir de violer la loi; l'erreur ou la surprise à laquelle les juges auraient obéi ne peut donc créer un titre régulier. Personne n'est censé ignorer la loi. L'acquéreur d'un fonds dotal doit s'assurer d'abord si le cas pour lequel l'aliénation est autorisée rentre dans ceux prévus par les articles 1555 et suivants. S'il néglige ce devoir, il s'associe, autant qu'il est en lui, à la violation de la loi, et cette imprudence grave l'expose au recours de la femme ou de ses héritiers.

Il n'y a, à cet égard, aucun doute à concevoir [1]. La prohibition d'aliéner le fonds dotal est impérative et absolue. Elle n'admet d'autres exceptions que celles formellement prévues; à tel point qu'il est aujourd'hui consacré que la vente pour empêcher le mari d'être mis en prison est nulle, la loi ne la permettant que pour l'en tirer [2].

C'est ce même principe que la Cour d'Aix vient d'appliquer dans l'espèce suivante :

Les époux d'Heureux, voulant créer un établissement de bains sur un immeuble dotal et ayant fait de nombreuses dépenses, s'adressèrent au tribunal de Marseille, et, sous prétexte de l'amélioration du fonds dotal, lui

* [1] On décide assez généralement que l'aliénation de l'immeuble dotal, permise hors des cas où le juge a le droit de l'autoriser, est nulle, comme si elle avait été faite par les époux sans permission. Troplong, IV, 3493, 3495 et 7499. — Civ. cass. 26 avril 1842, Sir. 42, I, 541. — Req. 7 juillet 1851, Sir. 51, I, 472. — Civ. cass. 29 août 1860, Sir. 61, I, 9, — *Contrà*, Devilleneuve, Sir. 42, I, 541, note. — Odier, III, 1289.

* [2] Cass., 26 avril 1842. — D. P., 42, 1, 250. — * *Junge* Merlin, *Rép.* v° *Dot*, § 6; Toullier, XIV, 199. — Duranton, XV, 509. — Troplong, IV, 3441. — Aubry et Rau, V, § 537, p. 588. — Civ. rej. 15 avril 1842, Sir. 42, I, 541. — *Contrà*, Rodière et Pont, III, 1796.

demandèrent l'autorisation de l'hypothèquer jusqu'à concurrence des dépenses nécessaires, 31 mars 1841, jugement qui accorde cette autorisation.

En vertu de ce jugement et par actes des 16 avril et 22 mai suivants, les époux d'Heureux empruntent une somme de 10,000 fr. de la dame Thérèse Leouffre, veuve Mottet. Il est formellement énoncé dans ces actes que cette somme de 10,000 fr. est destinée à payer à un marchand de meubles les objets mobiliers par lui fournis et à un chaudronnier-plombier les travaux en chaudronnerie, plomberies et pompes par lui faits pour l'établissement des bains. Ce double emploi est effectivement réalisé. Une hypothèque est consentie sur le bien dotal et sur celui du mari solidairement.

Par acte du 26 mai 1845, la dame Leouffre, veuve Mottet, cède sa créance à la caisse hypothécaire. Celle-ci ayant poursuivi l'expropriation des biens hypothéqués, la dame d'Heureux demande la radiation de cette saisie en tant qu'elle porte sur ses biens dotaux. Les motifs par elle invoqués sont : 1° que la loi qui autorise l'aliénation du bien dotal ne permet pas de l'hypothéquer; 2° parce que, dans tous les cas, le tribunal de Marseille ayant autorisé l'aliénation hors des cas voulus par la loi, tout ce qui avait été fait en vertu de cette autorisation était radicalement nul.

Ce système est repoussé par le tribunal de Marseille. Mais, sur l'appel, le jugement est infirmé le 5 août 1850. L'arrêt, remarquablement rédigé par l'éminent président, M. Lerouge, après avoir établi que la faculté d'aliéner entraîne celle d'hypothéquer, considère sur la question qui nous occupe :

« Que la femme mariée sous le régime dotal conserve,

en général, lorsqu'il ne s'agit point de sa dot, la capacité de contracter que lui attribue le droit commun; qu'elle peut ainsi vendre, hypothéquer ses biens paraphernaux avec l'autorisation de son mari ou de la justice;

» Que la prohibition d'aliéner, d'hypothéquer ses biens dotaux émane uniquement de la loi qui les met hors du commerce, par des raisons d'intérêt public, dans une pensée d'ordre et de conservation; que cette loi d'inaliénabilité ne tient donc pas à l'incapacité des personnes, mais à la faveur de certains biens, et c'est par ce motif qu'elle est rangée dans la classe des statuts réels;

» Qu'il suit de là, en premier lieu, que l'intervention de la justice, appelée à autoriser l'aliénation ou l'hypothèque de l'immeuble dotal, n'a pas pour objet de relever soit le mari, soit la femme d'une incapacité personnelle de contracter, mais de lever la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles dotaux dans les cas d'exceptions déterminées par la loi;

» En deuxième lieu, que, hors de ces cas d'exceptions, l'autorité judiciaire est impuissante à conférer aux époux la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer valablement le fonds dotal, car elle a mission d'appliquer et de faire exécuter la loi et non de la violer en créant des exceptions à la prohibition d'ordre public qui interdit l'aliénation ou l'hypothèque des biens dotaux en dehors des cas déterminés par la loi. »

833. — L'article 1588 du Code civil en permettant la vente du fonds dotal, en a en même temps prescrit la forme. Elle doit avoir lieu aux enchères et après trois affiches. Ce mode est de rigueur et ne peut être modifié. Sa violation ferait présumer la fraude, ne pouvant être

expliquée que par le désir de restreindre la publicité et d'écarter les concurrents. La femme ou ses héritiers pourraient donc poursuivre plus tard la nullité, sans qu'on pût, comme dans le cas précédent, tirer du jugement d'autorisation une fin de non-recevoir contre leur demande.

Ces principes ne doivent point être négligés. Celui qui se rendra acquéreur ou à qui on s'adressera pour hypothéquer le fonds dotal, doit, avant tout, se faire représenter le jugement autorisant l'une ou l'autre. Il ne devra acheter ou prêter que dans l'hypothèse où le fait motivant l'autorisation rentre expressément dans la classe de ceux auquels la loi applique ce caractère. En cas de vente, il ne devra en accepter aucune, si ce n'est aux enchères et en se faisant justifier des trois publications. A ces conditions seulement, il sera à l'abri de tout recours, alors même que les époux auraient frauduleusement supposé un fait qui n'existait pas.

834. — L'action du mari pour les fraudes de la femme est recevable en tout temps; celle de la femme pour les fraudes du mari n'est admissible qu'à la dissolution du mariage. En effet, tant que le mariage existe, la femme n'a sur les biens de la communauté qu'un droit d'expectative qui ne devient définitif qu'au moment où, l'association arrivée à son terme, le partage de l'actif amène la liquidation de la portion qu'elle doit recueillir. Jusque là elle est même sans intérêt pour agir, car elle ignore si le mari ne lui fera pas un compte exact et ne lui attribuera pas volontairement l'indemnité qu'elle a droit de réclamer.

Cette règle n'est pas cependant tellement absolue qu'elle

ne puisse comporter une exception. Ainsi, la femme qui a à faire réprimer une fraude commise dans la disposition de ses biens personnels, pourra poursuivre cette répression avant la dissolution du mariage. On devrait également l'admettre à le faire dans tous les cas, s'il y avait justes motifs de craindre la disparition des preuves qu'elle est dans le cas d'invoquer. Il ne faudrait pas, par un scrupule qui a son origine dans un sentiment très respectable, exposer la femme à subir un préjudice dont on lui aurait fait perdre les moyens de prouver l'existence.

835. — De toutes les fraudes que le mariage peut amener, la plus importante, sans contredit, par ses conséquences sur le mariage lui-même, sur l'état des enfants, sur l'avenir de la famille, c'est l'adultère. Ce n'est plus, en effet, seulement un intérêt pécuniaire mis en péril, c'est la vie commune rendue intolérable, c'est l'honneur des époux compromis, c'est la famille elle-même grevée d'une funeste, d'une déplorable responsabilité.

L'antiquité considérait l'adultère comme un crime et le punissait du dernier supplice. Notre civilisation moderne l'a fait descendre au rang des simples délits. L'adultère n'a même plus aujourd'hui le caractère d'un délit social. Toute initiative est formellement interdite au ministère public. Seul autorisé à le dénoncer ou à le poursuivre, le mari a de plus la faculté de faire tomber les effets de la condamnation, que son pardon rend comme non avenue.

La constatation, la poursuite et la répression de l'adultère n'appartiennent pas aux matières que nous avons à examiner. Nous devons donc nous borner à nous en oc-

cuper quant aux effets qu'il produit relativement à la personne et aux biens, à l'influence qu'il peut exercer sur l'état de la famille. Ces effets forts graves sont : d'une part, la séparation de corps; de l'autre, le désaveu.

336. — L'adultère est une cause de séparation de corps. L'époux coupable a tellement forfait à ses obligations, violé tous ses devoirs, qu'il n'a plus le droit de contraindre son conjoint à remplir les engagements qu'il avait de son côté contractés.

La loi ne distingue pas, à l'endroit de la séparation, l'adultère du mari de l'adultère de la femme. Mais la force des choses l'amenait à une différence essentielle dans l'application de ce principe. Les conséquences de l'acte de la femme sont indépendantes des circonstances de temps et de lieux qui l'ont vu s'accomplir. Le préjudice grave qui peut en résulter pour l'époux est de nature à se réaliser à toutes les époques, dans tous les lieux.

L'adultère du mari, au contraire, est plutôt une injure pour la femme qu'une cause de préjudice réel. L'ignorance de celle-ci, sur ce qui se passe loin de ses yeux, enlève au fait toute son importance qui ne saurait dans aucun cas atteindre à un certain degré de gravité.

Il était impossible d'omettre ces considérations dans l'appréciation juridique du tort des époux. Leur influence devait être et a été en effet décisive. L'adultère de la femme autorise, par le fait seul de sa perpétration, l'admission de la séparation de corps demandée. Peu importe qu'il ait été commis dans ou hors le domicile conjugal; qu'il ait été ou non actuellement connu du mari. Il suffit que la preuve en soit administrée au moment de la poursuite

en séparation, pour que cette poursuite soit recevable et fondée.

La femme ne peut obtenir sa séparation, pour cause d'adultère du mari, que si cet adultère a été consommé dans la maison commune [1]. L'introduction d'une concubine dans le domicile conjugal dénote un tel mépris pour l'épouse légitime, la place dans une position tellement délicate, qu'on ne pouvait lui imposer la vie commune, rendue insupportable par le voisinage d'une insolente, d'une odieuse rivale.

837. — Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère soit acquise au moment où la séparation est demandée ni qu'elle résulte d'un jugement ayant condamné l'époux coupable. L'articulation du fait dans la requête en séparation motive une enquête dans laquelle l'époux demandeur aura la faculté de fournir les preuves sur lesquelles le tribunal investi appuiera sa décision.

838. — L'adultère était autrefois une cause de divorce. L'abolition de celui-ci ne permet plus aux époux que la séparation de corps [2]. Celle-ci ne laisse pas que d'être pour les époux un événement capital. Car, si elle ne brise pas les liens matrimoniaux, elle les relâche d'une manière sensible. L'époux qui l'a encourue devrait être tenu d'indemniser l'autre des inconvénients qu'il est dans le cas d'en éprouver, des besoins nouveaux qui peuvent en surgir.

* [1-2] Le divorce est rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Aux termes de l'article 230 C. civ., modifié par cette loi, la femme peut demander le divorce pour cause d'adultère de son mari. Il n'est pas nécessaire qu'il ait entretenu sa concubine dans la maison commune.

839. — On a longtemps agité la question de savoir si la séparation de corps entraînait la révocation des avantages consentis à l'époux dans le contrat de mariage. Cette question, fortement controversée en doctrine, était devenue l'occasion d'une profonde dissidence entre la majorité des Cours d'appel et la Cour de Cassation.

Celle-ci tenait pour la négative, qu'elle fondait d'abord sur le silence gardé par le législateur [1]. Il faut, en effet, remarquer que, pour ce qui concernait le divorce, la loi s'était formellement expliquée dans l'art. 299, tandis qu'elle se taît à l'endroit de la séparation de corps. Fallait-il appliquer à celle-ci la disposition sanctionnée pour le divorce? Mais les choses ne sont pas égales pour l'un et pour l'autre. Le divorce, en effet, rompt le mariage, rend les époux étrangers l'un à l'autre, leur prohibe même de se réunir. La séparation de corps, au contraire, laisse subsister le mariage dont les liens reprennent toute leur force par la réconciliation des époux. Cette réconciliation, que la loi appelle de ses vœux, elle a voulu la favoriser en laissant exister entre les époux des points de contact, des relations obligées dont la fréquence peut triompher des sentiments qui les avaient portés à se séparer. On ne peut donc raisonnablement conclure du divorce à la séparation.

D'autre part, disait la Cour de Cassation, l'article 959 déclare que les donations faites en faveur du mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude. Or les donations que les époux se font respectivement dans leur

* [1] *Voy.* Civ. rej. 13 juillet 1813; Civ. cass. 17 juin 1822; 19 août 1823; 13 févr. 1826; 30 mars 1836, Sir. 36, I, 728; 21 déc. 1842, Sir. 43, I, 728; 21 nov. 1843, Sir. 44, I, 235.

contrat sont réellement consenties en faveur du mariage, car elles ont pu déterminer le consentement. L'adultère même n'est qu'une odieuse, qu'une révoltante ingratitude ; on violerait donc l'article 959 si on lui reconnaissait pour effet de révoquer les avantages portés au contrat, alors même qu'il a déterminé la séparation.

Cette doctrine de la Cour de Cassation, à diverses reprises consacrée par elle, avait ramené quelques Cours d'appel. Mais le plus grand nombre n'avaient pas cessé de professer l'opinion contraire. Cette persistance a fini par triompher. La Cour de Cassation est revenue de sa jurisprudence et a décidé enfin que la séparation de corps entraîne la révocation des avantages faits à l'époux dans le contrat de mariage. Nous transcrivons les motifs de cet arrêt parce qu'ils résument les raisons sur lesquelles s'étayaient ceux qui soutenaient l'opinion que l'arrêt consacre :

« Attendu que dans notre ancienne législation, et lorsque la séparation de corps était seule admise, l'époux qui l'obtenait avait le droit de faire prononcer la révocation des donations qu'il avait faites à son conjoint ; que le Code civil, en instituant le divorce, en même temps qu'il maintenait la séparation de corps, s'est approprié cette règle, et y a même ajouté en déclarant par son article 299 que l'époux contre lequel le divorce serait prononcé perdrait de plein droit tous les avantages que l'autre époux lui avait fait ; que si cette disposition n'a pas été répétée dans le chapitre spécial relatif à la séparation de corps, ce chapitre fait partie du titre du divorce et suit immédiatement le chapitre qui règle les effets du divorce, dont les dispositions, en tant qu'elles ne sont pas inconciliables avec la séparation de corps, en doivent aussi régler les

effets; que c'est ainsi que les tribunaux appliquent journellement les dispositions des articles 301, 302 et 303, dans le cas de séparation; que la disposition de l'article 299, loin d'être inconciliable avec la séparation, n'est que la reproduction, sous une autre forme, du principe consacré par l'ancienne législation; que la déchéance des avantages stipulés soit dans le contrat de mariage, soit pendant le mariage, encourue par l'époux contre lequel la séparation ou le divorce a été admis, est la conséquence des torts de l'époux avantagé, d'où naît une cause d'indignité qui ne peut être effacée par le choix que l'époux a fait, entre la voie du divorce et celle de la séparation; que cette cause doit produire les mêmes effets dans l'un et l'autre cas, puisque l'article 306 déclare que la demande en séparation peut être formée pour les mêmes faits qui donnent lieu à la demande en divorce.

» Que les dispositions de l'article 1518 ne démontrent pas moins l'intention du législateur de faire, de la déchéance des avantages stipulés entre époux, une conséquence de la séparation de corps aussi bien que du divorce, puisqu'il fait résulter également de l'une et de l'autre la déchéance du préciput conventionnel; que l'assimilation légale de la séparation au divorce, surtout depuis la loi du 8 mai 1816, résulte d'ailleurs expressément de l'article 2 de cette loi, qui convertit en instances en séparation de corps toutes les demandes en instances en divorce alors pendantes devant les tribunaux;

» Attendu qu'en cet état de la législation, les questions qui peuvent s'élever sur la déchéance des avantages que se sont faits les époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, doivent être décidées par les dispositions contenues au titre du divorce, sans qu'il y ait lieu de re-

courir au titre des donations; que l'article 959 qui déclare non révocables pour cause d'ingratitude les donations en faveur du mariage, ne peut dès lors, quelle que puisse être l'étendue de ses termes, être invoqué lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet de la séparation de corps sur les avantages stipulés entre époux [1]. »

Ainsi, le nouveau législateur n'a voulu innover en rien sur ce qui était admis par la législation précécente. Il a seulement renforcé le principe de la déchéance des avantages matrimoniaux, lorsque de la séparation de corps il a transporté l'application au divorce. De là l'article 299 qui ne déclare qu'une seule chose, à savoir : qu'en cas de divorce cette déchéance s'opère de plein droit, sans qu'il soit besoin de la demander. Ainsi fixé, le sens de l'article 299 n'autorise nullement à refuser, dans le cas de séparation, un droit que rien n'est venu proscrire et qui, préexistant au Code civil, a dû nécessairement se continuer à défaut d'une disposition contraire. Tout ce qu'on peut conclure, c'est donc que la séparation de corps ne jouit pas d'un privilège exclusif au divorce : la déchéance de plein droit. Mais l'époux qui la demandera doit l'obtenir, parce qu'il ne serait ni moral ni juste de maintenir le bienfait sur la tête de celui qui s'en est rendu indigne. Telle est du moins la doctrine qui s'infère de l'arrêt que nous venons de rapporter.

Cet arrêt rendu par les Chambres réunies, après deux jours de délibération et contrairement aux conclusions de M. le procureur-général Dupin, nous paraît devoir fixer la jurisprudence. Aura-t-il pour effet de clore la discussion que la question a fait naître ? C'est ce que l'avenir

[1] Cass., 23 mai 1845. — *J. du P.*, 1845, p. 625.

nous apprendra [1]. Quoi qu'il en soit, la Cour de Cassation, en réformant sa propre jurisprudence, a donné un nouvel et éclatant témoignage de sa haute sagesse, de son mépris pour ce sentiment d'amour-propre qui fait persévérer dans l'erreur qu'on a pu commettre. De pareils exemples, venus de si haut, sont toujours bons à proposer, car ils sont excellents à suivre.

Ainsi, l'adultère motivant la séparation de corps, autorise la révocation des avantages faits à l'époux convaincu. Cet effet est commun à l'adultère de la femme et à celui que le mari a commis dans le domicile conjugal. L'effet étant le même la même peine était une conséquence inévitable.

840. Nous arrivons à l'une des matières les plus délicates de notre Droit : le désaveu de la parternité. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, celui dont la naissance se rattache au mariage est également présumé appartenir aux époux. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant a la possession d'enfant légitime et jouit en conséquence des avantages et des prérogatives attachés à cette filiation.

* [1] L'extension de l'art. 299 C. civ. à la séparation de corps consacrée par l'arrêt des Chambres réunies du 23 mai 1845, a été encore admise par des arrêts postérieurs de la Cour de Cassation. *Voy.* Civ. rej. 17 juin 1845, Sir. 46, 1, 52.—Civ. cass. 28 avril 1846, Sir. 46, I, 383; 25 avril 1849, Sir. 49, I, 505; 18 juin 1849, Sir. 50, I, 225. — En ce sens, Troplong, *Donations*, III, 1348 à 1360. — Demolombe, IV, 521 et suiv. — *Contrâ* Aubry et Rau, V, § 494, note 32, p. 206 et suiv.

Plusieurs Cours d'appel ont suivi la jurisprudence établie par l'arrêt précité des Chambres réunies de la Cour régulatrice; et quoique la question soit très controversée dans la doctrine, l'opinion contraire ne parait pas devoir triompher devant les tribunaux. — *Voy.* cependant Laurent, III, 354 et suiv.

En réalité, cependant, cette filiation peut n'être qu'un audacieux mensonge, soit qu'abusé indignement, le mari ait épousé une femme portant dans son sein le triste fruit de son inconduite; soit que, infidèle depuis le mariage, l'épouse ait rencontré dans des relations illégitimes cette maternité qu'elle ne devait demander qu'à son époux.

Dans ces circonstances, l'introduction de l'enfant dans la famille légitime est un véritable vol au préjudice de celle-ci, au préjudice du mari lui-même, auquel on ne pouvait imposer la paternité sans blesser les plus simples notions de l'équité et de la justice, sans pousser le respect pour la fiction jusqu'à la plus absurde idolâtrie. De là, la faculté de désaveu dont la consécration dépouille l'enfant de la femme du nom et de la position que celle-ci n'a pas craint de lui donner.

La consécration du désaveu est donc le renversement de la règle *Pater is est quem justæ nuptiæ demostrant.* Or, le mari ou ses héritiers ne peuvent arriver à ce résultat qu'en prouvant : ou que l'enfant, qu'on dit issu du mariage, n'a été conçu que depuis la dissolution ou avant sa célébration ; ou que, conçu et né pendant le mariage, il n'a pu avoir pour père le mari. Le désaveu se rapportera donc nccessairement à l'une de ces hypothèses : naissance précoce, naissance tardive, impossibilité de cohabitation entre les époux.

841. — L'appréciation des deux premières amenait comme conséquence forcée la détermination d'une règle devant en diriger l'exercice. L'intérêt public est trop intéressé à la fixation de l'état des familles pour qu'on pût abandonner au caprice et à l'humeur d'un époux plus ou

moins offensé l'emploi discrétionnaire d'une arme aussi redoutable, aussi terrible dans ses résultats. Pénétré de cette idée, le législateur, après de nombreuses et savantes recherches physiologiques, après avoir interrogé les sources de la science les plus élevées, les plus pures, a arrêté le délai de six mois et de dix mois comme le terme de la plus courte et de la plus longue gestation.

En conséquence, l'enfant né moins de cent quatrevingt jours depuis la célébration du mariage pourra être désavoué par le mari. Remarquons les termes de la loi : pourra être désavoué. Cependant l'enfant ainsi mis au monde est nécessairement conçu avant le mariage et dès lors illégitime. Mais l'époque de sa naissance, la faveur qui résulte du mariage, l'application, même dans ce cas, de la maxime *Pater is est*, etc.... attachent à cette naissance une présomption de légitimité suffisante pour lui assurer la possession d'état d'enfant légitime, tant que le désaveu n'est pas venu la lui arracher. Ce désaveu n'est lui-même qu'une faculté laissée au mari, dont le silence équivaut à la reconnaissance formelle de la paternité.

842. — Mais le désaveu fondé sur la naissance précoce doit nécessairement réussir. Ce n'est plus alors qu'une affaire de date. Si réellement conçu avant mariage, l'enfant ne peut réclamer le bénéfice de la maxime *Pater is est* qui présuppose l'existence du mariage, il ne peut non plus prouver qu'il est le fils de l'homme qui a épousé sa mère, car la recherche de la paternité n'est pas autorisée. Il doit dès lors fatalement succomber sous la réalisation de l'instance en désaveu.

843. — Toutefois cette instance n'est pas elle-même

recevable dans tous les cas, et l'enfant qui n'aurait rien à dire au fond, peut toujours opposer des fins de non recevoir à l'admission de la demande. Ces fins de non recevoir, pour être utilement invoquées, doivent avoir pour objet d'établir que le désavouant avait d'abord accepté la paternité. Cet effet, la loi le fait résulter : 1° de la connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° de l'assistance et de la signature à l'acte de naissance de l'enfant.

L'importance que la loi attache à chacune de ces circonstances n'a pas besoin d'être justifiée. S'il est vrai, comme le disait un ancien et illustre magistrat, que ce qui décide de la naissance de l'homme, de sa filiation, n'est pas le degré de certitude, mais le degré de vraisemblance; s'il est vrai qu'en cette matière l'impossibilité de preuves certaines, véritables et authentiques, force de recourir à des conjectures, à des présomptions, à des probabilités [1], pouvait-on en appeler de plus pertinentes, de plus décisives à l'appui du fait à prouver, l'aveu de la paternité.

844. — La connaissance de la grossesse de celle qu'on épouse peut-elle être interprétée autrement que comme la preuve qu'on en est soi-même l'auteur? Et si cette explication se présente d'abord à l'esprit, si elle est la seule raisonnable, la seule plausible, on ne pouvait lui refuser les conséquences qui en découlent forcément à l'endroit de la paternité. Le désaveu qu'en fait ultérieurement le mari est d'avance frappé d'invraisemblance, on ne peut plus le considérer que comme une odieuse, une infâme spéculation, qu'il importait d'arrêter dès le début.

[1] D'Aguesseau, 34e P., t III, p. 120.

On n'épouse pas la femme qu'on sait enceinte des œuvres d'autrui. Conséquemment, si la connaissance de la grossesse de la future n'a pas empêché le mariage de s'accomplir, c'est que le futur s'est formellement reconnu le seul auteur de cette grossesse et, par une déduction logique, le père de l'enfant qui doit en naître. Le bénéfice de cet aveu est définitivement acquis à celui-ci,et sa légitimité est à l'abri de toute contestation ultérieure de la part de son père.

845. — Notre ancienne jurisprudence allait plus loin encore. Le principal fondement de la maxime *Pater is est*..., disaient les docteurs, est la fréquentation légale que le mariage entraîne entre les époux. Donc, si cette fréquentation a existé de fait avant le mariage, elle fera présumer la paternité, et cette présomption recevra du mariage qui a suivi un degré de force, d'évidence, d'autorité à laquelle il paraît presque impossible de résister [1]. On admettait donc la preuve de la fréquentation comme suppléant et faisant présumer celle de la connaissance de la grossesse.

Le Code civil a repoussé cette doctrine. Le législateur a compris qu'une fréquentation telle que celle qui naît des approches du mariage, que les actes de familiarité qui en sont les conséquences n'excluaient pas l'ignorance d'une grossesse qu'on aurait un vif intérêt à dissimuler. Il ne s'arrête donc qu'au seul fait significatif : la connaissance de la grossesse. Tout ce qui tendrait à faire présumer cette connaissance, sans l'établir d'une manière directe, serait donc inutile et frustratoire. Au reste

[1] D'Aguesseau, 34e P., t. III, p. 120.

et comme dans toutes les appréciations de fait, la pertinence des moyens tendant à établir la connaissance de la grossesse est souverainement abandonnée à la prudence du juge [1].

846. — L'assistance à l'acte de naissance de l'enfant est un motif plus puissant encore que la connaissance de la grossesse, pour refuser au mari la faculté de le désavouer plus tard. Cette assistance doit résulter de l'acte même, soit par la signature du mari, soit par la déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer. On ne peut donc pas équivoquer sur ce que la loi entend par l'assistance du mari. C'est un concours actif à l'accomplissement des formalités constatant la naissance [2].

847. — Mais il n'est pas nécessaire que l'acte de naissance auquel le mari a concouru le désigne comme le père de l'enfant. Il suffit que le nom de la mère et sa qualité de femme mariée y soient mentionnés. Le père de l'enfant né d'une femme mariée n'est jamais inconnu. Il est

* [1] Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si le défendeur à l'action en désaveu peut être admis à établir des faits de fréquentation antérieurs au mariage, pour en induire que le mari a eu connaissance de la grossesse. La négative est enseignée par Proudhon (II, p. 19 et 20); l'affirmative, par MM. Aubry et Rau (VI, § 545, note 25), qui toutefois n'admettent pas, comme Toullier (II, 826), que la preuve des faits de fréquentation élève nécessairement contre le mari la présomption qu'il a connu la grossesse. La question, à ce point de vue, leur paraît abandonnée à l'appréciation du juge. Nous partageons cette opinion. — Comp. Laurent, III, 382.

* [2] La présence matérielle du mari, lors de la rédaction de l'acte de naissance, ne suffirait pas; il faut qu'il ait concouru à cet acte. Arg. art. 314, n° 2. — *Voy.* Demolombe, V, 69. — Aubry et Rau, VI, § 545, p. 34. — Laurent, III, 380.

indiqué par la loi elle-même en la personne du mari. Dès lors celui qui assiste et signe l'acte de naissance de l'enfant de sa femme assiste et signe réellement l'acte de naissance de son propre enfant. Il en accepte la paternité et se rend à tout jamais non recevable à le désavouer plus tard.

848. — Le concours du mari à l'acte de naissance de l'enfant peut avoir été empêché par une circonstance fortuite et indépendante de sa volonté. Par exemple, une absence ou une maladie. Pourra-t-on, dans ce cas, suppléer au défaut de comparution devant l'officier de l'état civil par la preuve que le mari a connu la naissance et avoué la légitimité de l'enfant?

Proudhon[1] tient pour l'affirmative et avec juste raison selon nous. Ce dont la loi se préoccupe dans la conduite du mari, c'est moins l'acte qui lui est imputé, que l'intention que cet acte décèle et comporte. De quelque manière donc que ce soit manifesté l'aveu de la paternité, il n'en doit pas moins produire tous ses effets.

Supposez, en effet, que le mari se soit empressé d'annoncer lui-même à ses parents l'accouchement de sa femme; ou bien qu'absent de chez lui, il ait répondu à la nouvelle de l'accouchement par des paroles affectueuses pour la mère et pour l'enfant; est-ce que de tels actes ne sont pas aussi décisifs, aussi énergiques que le concours à l'acte de naissance? Autoriser plus tard le désaveu, serait donc méconnaître l'intention évidente de ces premières démarches et violer ouvertement l'esprit de la loi.

Il est de toute équité, en effet, que le désaveu ne soit

[1] *De l'état des personn.*, t. II, p. 14.

reçu que lorsque son auteur n'a, dans aucune circonstance, manifesté une opinion contraire à celle qui le fait agir. « Pour que le désaveu du père soit admis, disaient les orateurs du gouvernement, il faut que le mari n'ait laissé échapper, soit au moment du mariage soit au moment de la naissance de l'enfant, aucun acte, aucun signe, aucun aveu volontaire exprès ou tacite de sa paternité. S'il avait toujours cru que l'enfant lui fût étranger, aucun acte ne démentirait une opinion qui, depuis la naissance de l'enfant, à dû déchirer son âme. S'il a varié dans cette opinion, il n'est plus recevable à refuser à l'enfant l'état qu'il ne lui a pas toujours contesté [1].

Ainsi le fait capital c'est l'aveu de la paternité. Or, cet aveu peut aussi bien résulter d'actes formels du mari, de la correspondance que de la connaissance de la grossesse, que du concours à l'acte de naissance. Il n'y a donc aucune distinction à faire dans les effets qu'il doit nécessairement déterminer.

Vainement objecterait-on qu'aux termes de l'article 334 du Code civil, l'enfant ne peut être valablement reconnu que par un acte sous forme authentique. Cet article ne concerne que les enfants naturels nés hors mariage, et auxquels il s'agit de donner une filiation que leur acte de naissance ne leur confère pas. Telle n'est pas la position de l'enfant né moins de cent quatre-vingt jours après la célébration du mariage. Celui-ci, en effet, a une filiation certaine, il est réputé appartenir aux deux époux et présumé légitime tant que l'admission du désaveu ne sera pas venu lui arracher l'un et l'autre. On ne peut donc assimiler les moyens à l'aide desquels il prétend repousser

[1] V. *Exposé des motifs et Rapport au Tribunat.*

ce désaveu, avec ceux dont l'enfant naturel peut se prévaloir pour établir sa filiation. Il s'agit, dans un cas, de conserver une position assurée par la loi; dans l'autre, d'acquérir une possession d'enfant. Cette différence dans les effets justifie surabondamment celle que nous admettons dans les éléments à consulter.

Ainsi, la connaissance de la grossesse, le concours à l'acte de naissance, peut être suppléé par des actes d'où l'on peut inférer une reconnaissance de paternité. La fin de non-recevoir existant pour les uns existe également pour les autres, et tout désaveu est désormais impossible. Un intérêt purement privé ne pouvait prévaloir sur les raisons d'ordre public qui militent en faveur de la fixité de l'état des familles. Le père peut, sans doute, être trompé; mais s'il s'est trompé lui-même, s'il a pu croire un instant à la légitimité de l'enfant, c'est que l'illégitimité est au moins douteuse, et, dans le doute, c'est en faveur de l'enfant que la loi a souverainement prononcé.

849. — La non viabilité de l'enfant rend l'action en désaveu non recevable. Il y avait pour l'admettre ainsi deux motifs décisifs. En premier lieu, l'action en désaveu a pour effet d'empêcher l'enfant de se mêler à une famille à laquelle il est étranger et de recueillir des biens auxquels il n'a aucun droit. L'enfant qui n'est pas né viable ne compte pas dans la famille. Il est matériellement incapable de succéder, sa naissance ne peut donc jamais occasionner un préjudice à qui que ce soit. Le désaveu, en cet état, ne serait plus qu'un scandale gratuit qu'il était de la dignité du législateur de proscrire.

En second lieu, le défaut de viabilité peut n'être que la conséquence d'un accident ayant interrompu les règles

ordinaires de la gestation et déterminé l'accouchement avant son terme naturel. Qu'importe, dans ce cas, que cet accouchement se soit réalisé avant le cent quatre-vingtième jour. C'est là un événement imprévu dont la responsabilité n'appartient à personne, car il n'était donné à personne de le prévoir ou de le prévenir. D'ailleurs, comment déterminer, d'une manière précise, l'époque de la conception, lorsque le défaut de viabilité de l'enfant n'existe que parce que l'accouchement s'est opéré contrairement aux lois ordinaires de la nature.

850. — Nous avons déjà vu que le terme de la plus longue gestion a été fixé à dix mois. De là, la conséquence que l'enfant né le dernier jour de ces dix mois après la dissolution du mariage est présumé avoir pour père le mari, et qu'il ne peut être désavoué que dans les formes et aux conditions prescrites pour le désaveu des enfants conçus et nés pendant le mariage.

Par une conséquence contraire, on aurait dû, se semble, déclarer de plein droit illégitime l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage. Cependant l'article 315 se borne à dire que sa légitimité pourra être contestée. Doit-on induire de ces termes que, la contestation se réalisant, l'enfant doit nécessairement, et par le fait de sa naissance tardive, perdre la qualité d'enfant légitime, ou bien que les tribunaux ont la faculté de repousser la prétention des ayants droit et maintenir la légitimité de l'enfant par l'appréciation des faits et circonstances ?

851. — C'est dans ce dernier sens que jugeait notre ancienne jurisprudence. Mais il faut remarquer qu'à cette

époque la législation n'avait arrêté aucune règle applicable à cette matière, et que le recours au droit romain, si souvent utile, n'offrait, à cet égard, qu'une ressource illusoire par les contradictions dans lesquelles ce droit s'était jeté.

En effet, la loi des Douze Tables était plus explicite encore que ne l'a été, depuis, notre Code civil. Elle déclarait formellement illégitime l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage. Mais un édit d'Ardien avait porté à onze mois le terme de la gestation et cela d'après l'avis des médecins et des philosophes anciens : *In hoc decreto Adrianus se statuere dicit, requisitis veterum philosophorum et medicorum sententiis* [1].

Justinien paraissait avoir condamné cet avis, d'abord en n'insérant pas dans sa Compilation l'édit d'Adrien, ensuite en formulant dans le Digeste le principe consacré par la loi des Douze Tables [2]. Mais il paraît plus tard revenir sur ce principe. En effet, dans la Novelle 39, il déclare illégitime un enfant né dans le douzième mois de dissolution du mariage : *Nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere quia defuncto fuisset partus; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.* Ce qui paraît indiquer que la solution eût été différente, si la naissance se fût réalisée avant l'expiration du onzième mois.

852. — A ces incertitudes, puisées dans le droit romain, venaient se joindre les incertitudes bien plus grandes encore de la science. Ainsi, un traité spécial, publié

[1] Aulu Gelle, *Nuits attiques*, liv. 3, chap. XVI.
[2] L. 3, § 11, *De suis et legitimis hœredibus.*

en 1766, par un docteur régent de la Faculté de Paris, citait des gestations qui s'étaient naturellement continuées treize, quatorze et même seize mois.

On comprend, dès lors, qu'en l'absence d'une règle législative, qu'au milieu du doute de la législation précédente, des perplexités que les hommes de l'art affichaient, les tribunaux se laissassent aller à une appréciation qu'ils croyaient indispensable. Le résultat de cette conduite avait été celui-ci : tel enfant né dix mois et quelques jours après la dissolution du mariage était déclaré illégitime; tandis que tel autre, dont la naissance avait eu lieu treize, quatorze et même seize mois après cette dissolution, était reconnu appartenir au mari et, comme tel, devoir jouir des prérogatives de la légitimité.

853. — Le Code civil nous paraît avoir voulu mettre un terme à cette anomalie, en déterminant une règle fixe, invariable, applicable à tous les cas et les régissant tous d'une manière absolue. A ce point de vue, il serait évident que l'article 315 a fait cesser le pouvoir d'appréciation que les tribunaux exerçaient avant sa promulgation. De là cette conséquence qu'aujourd'hui la naissance, après plus de trois cents jours du mariage dissous, imprime à l'enfant le sceau de l'illégitimité. Cette conséquence peut être injuste dans certains cas; mais il faut aussi avouer que ces cas seront on ne peut pas plus rares; et qu'en les négligeant, le législateur a obéi à l'un de ses principaux devoirs : *Quod semel aut bis extitit prætereunt legislatores*[1].

Evidemment les termes de l'article 315 peuvent prêter au doute, mais ce doute disparaît devant l'explication qu'en

[1] L. 6, Dig., *De legibus;* — L. 3, 4 et 5, *ibid*

donne le législateur lui-même : « Les naissances tardives, » dit M. Duveyrier au nom du Tribunat, n'exigent au- » cune disposition conditionnelle. Il est clair que la légi- » timité d'un enfant pourra être contestée, s'il naît dans » le onzième mois après la dissolution du mariage ou, » pour mieux dire, au moins trois cents jours après le » mariage dissout, parce qu'il ne peut plus placer dans le » mariage ni sa conception, ni, par conséquent, la pré- » somption légale de sa légitimité.

» Pourquoi n'est-il pas de droit illégitime et mis au » nombre des enfants naturels ? Parce que tout intérêt » particulier ne peut être combattu que par un intérêt » contraire. La loi n'est point appelée à réformer ce qu'elle » ignore; et si l'état de l'enfant n'est point attaqué, il reste à » l'abri du silence que personne n'est intéressé à rompre. »

854. — Ainsi, aux yeux du législateur, l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage est illégitime, car il ne peut placer sous l'égide du mariage ni la conception, ni, conséquemment, la présomption de sa légitimité. Mais la loi a compris qu'il y aurait une rigueur injuste à chasser de la famille celui que la famille consentirait elle-même à recevoir, parce qu'elle ne verrait dans l'accouchement tardif de la mère qu'un événement accidentel sans mélange de fraude. Elle a donc voulu consacrer un principe dont elle abandonne la poursuite à la conscience intéressée des parents. Elle accepte la décision de ce tribunal et admet la légitimité, si cette légitimité est acceptée. Mais si, rompant le silence, la famille conteste cette légitimité, tout est dit, les tribunaux n'ont plus qu'à appliquer la règle comme le législateur l'a lui-même appliquée dans certains cas.

Ainsi, nous voyons les articles 228 et 296 permettre à la veuve de se remarier dix mois après la mort du mari. Dans l'article 312, le législateur permet d'accueillir, ordonne même de consacrer le désaveu si le mari prouve qu'il a été, pendant les trois cents jours qui ont précédé la naissance, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme; toutes choses inconciliables avec l'idée de la légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution. En effet, si la gestation peut se prolonger au delà de dix mois, la confusion des familles n'est pas dans le premier cas évitée, le désaveu devient un mensonge dans le second, puisque l'impossibilité de cohabitation pendant ces trois cents jours n'est plus un obstacle à la paternité du mari.

Ajoutons que, dans l'hypothèse de l'article 312 et sauf les fins de non-recevoir, le désaveu est la conséquence forcée de la preuve de l'impossibilité de cohabitation. Pourquoi donc l'enfant perdrait-il forcément sa légitimité dans ce cas, et ne la perdrait-il pas également dans celui de la naissance tardive? Est-ce que dans ce dernier la mort du mari, arrivée trois cents jours avant la naissance, n'établit pas suffisamment cette impossibilité de cohabitation dont parle l'article 312? Il est évident, dès lors, qu'on ne pourrait, sans inconséquence, considérer la règle des trois cents jours comme fatale dans un cas, tandis qu'elle ne serait que facultative dans l'autre.

Concluons donc que tout ce que fait l'article 315, c'est d'abandonner le sort de l'enfant à la volonté, à la conscience de la famille. Garde-t-elle le silence, l'enfant conserve sa légitimité; conteste-t-elle cette légitimité, il n'y a plus qu'une question de date dont les termes extrêmes sont d'une part, l'acte de naissance, de l'autre, l'acte de dissolution du mariage.

Cette opinion, défendue par des auteurs graves [1], a été sanctionnée par les Cours de Grenoble et d'Aix. Il est vrai que les arrêts de l'une et de l'autre examinent les circonstances de fait dont il était excipé. Mais cette appréciation surabondante n'enlève rien à la solution du droit qui y est si nettement formulée [2].

855. — L'action en désaveu est, comme nous le dirons bientôt, personnelle au père ; celle en contestation de légitimité appartient à tout ayant droit. Les héritiers mêmes de la mère, qui ne peuvent jamais exercer la première, peuvent exercer l'autre. Quelque similitude qu'il y ait dans les résultats, ces deux actions diffèrent sur plusieurs points essentiels dont le principal est, sans contredit, celui qui concerne la paternité. Ainsi, le désaveu n'a pas d'autres bases que l'absence de cette paternité, dont l'acceptation par le mari assure la légitimité à l'enfant. La contestation de légitimité fait abstraction de cette paternité ; la reconnaissance du mari n'éteint pas le droit, car un homme peut donner la filiation, mais la légitimité jamais. Ainsi, le père d'un enfant né dans les cent quatre-vingts jours qui ont suivi le mariage peut reconnaître l'enfant comme lui appartenant, il peut être réellement le père, et tout cela n'empêchera pas que, sur la poursuite de la partie intéressée, cet enfant ne soit déclaré adultérin, si le moment de sa conception remonte à une époque où ses parents, ou l'un d'eux seulement,

[1] Toullier, tom. II, p. 135. — Duranton, tom. III, nos 56 et suiv. — Chabot, *Success.* sur l'art. 725. — Proudhon, *Cours de droit*, tom II, p. 28. — Zachariæ, tom. III, p. 633. — Dalloz, *Jurispr. générale*, vo *Filiation*, p. 55, no 14.

[2] 12 avril 1809 ; 8 janvier 1812.

engagés dans les liens d'un précédent mariage, ne pouvaient procréer que des enfants adultérins. « Ainsi, dit Toullier, inutilement le mari divorcé reconnaîtrait un enfant né trois cents jours après la prononciation du divorce et lui prodiguerait les soins d'un père : ses héritiers, ses parents, les héritiers mêmes de la mère n'en seraient pas moins recevables à contester la légitimité de l'enfant, parce que le mari ne peut, par cette reconnaissance, détruire la présomption légale et reporter la conception de l'enfant au temps du mariage pour lui donner les droits de famille [1]. »

856. — Les naissances précoces ou tardives peuvent donc devenir le germe de deux actions : l'une, en désaveu de la part du père ou de ses héritiers; l'autre, en contestation de légitimité, de la part de tout ayant droit. Ces deux actions, indépendantes l'une de l'autre, obéissent à des principes différents quoique arrivant à un résultat à peu près identique. Ajoutons que l'effet du désaveu est absolu et décisif. L'enfant justement désavoué perd sa légitimité envers et contre tous. Le jugement qui statue sur la contestation de légitimité ne lie que les parties contendantes, il reste pour tous ceux qui n'y ont pris aucune part, *res inter alios acta.*

857. — L'enfant conçu et né pendant le mariage est de plein droit légitime. Energiquement protégé par la maxime *Pater is est,* il ne peut perdre cette légitimité que par le désaveu, lequel n'est lui-même recevable que dans les cas limitativement prévus par la loi.

[1] T. II. n° 837.

L'article 312 permet le désaveu au mari, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingt-troisième jour avant la naissance de l'enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

858. — Nous n'avons nullement à insister sur les doctrines plus ou moins ingénieuses que la théorie de l'éloignement a engendrées. Les jurisconsultes anciens, imités en cela par quelques docteurs modernes, se sont livrés à des développements que le Code ne comporte pas ou qu'il ne comporte plus. Tout se réduit désormais à cette idée unique : a-t-il existé une impossibilité physique de cohabitation; et cette question de fait est souverainement appréciée par le magistrat, soit que l'impossibilité alléguée résulte d'une absence au delà des mers ou sur le continent, d'une détention dans une prison ou dans un bagne. Il est évident qu'une pareille appréciation ne saurait reconnaître des limites précises, ni obéir à des règles absolues. C'est par la nature du fait, la position des parties et les circonstances spéciales que chaque espèce devra recevoir la solution qui lui convient. [1]

859. — A côté de l'éloignement et sur une ligne parallèle, se place l'impossibilité physique résultant d'un

* [1] On s'accorde pour décider que l'éloignement doit avoir été tel que toute réunion, même momentanée, entre les époux, ait été physiquement impossible dans l'intervalle de temps où se place la conception. C'est là une question de fait dont la solution est abandonnée à l'appréciation des tribunaux. — *Voy.* Merlin, *Rép.* v° *Légitimité,* sect. 2, § 2, n° 2. Toullier, II, 808. — Duranton, III, 40. — Laurent III, 365. — Req. 25 janv. 1831, Sir. 31, I, 81 ; 2 juin 1840, Sir. 41, I, 717.

accident survenu à l'époux. Nous retrouvons ici l'impuissance accidentelle dont nous nous sommes occupés en traitant de la nullité du mariage. Elle est une cause de désaveu, tandis que l'impuissance congéniale, même visible, ne saurait l'autoriser. Nous avons déjà exposé les motifs de cette différence; nous nous bornons à nous en référer à nos précédentes observations [1].

Une maladie grave, à l'époque déterminée par l'article 312, serait un motif valable de désaveu. En effet, il ne faut pas que l'impuissance accidentelle se produise d'une manière permanente et continue. Il suffit qu'elle ait existé réellement au moment de la conception. Cette existence peut provenir d'une maladie comme d'une mutilation. On devrait donc décider dans un cas comme on déciderait dans l'autre; toutefois, la nature des choses indique avec quelle prudence devrait ici procéder le magistrat. Ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, c'est que, dans le doute, la faveur due à la légitimité doit l'emporter.

L'impossibilité physique de cohabitation reconnue et admise, il y a certitude que le mari n'est pas le père de l'enfant. Celui-ci se trouve dès lors rejeté dans la classe des enfants naturels, et privé de tout droit dans la succession du désavouant. De plus, la qualité de femme mariée, que la mère ne saurait répudier, imprime à sa naissance le sceau de l'adultérinité et le réduit, quant à la succession de celle-ci, au droit d'obtenir des aliments.

860. — On s'est longtemps préoccupé de la question de savoir si l'impossibilité morale de cohabitation ne devrait pas autoriser le désaveu. Cette question paraît

[1] V. t. I, chap. III, sect. 2, nos 360 et suiv.

résolue négativement par les articles 312 et 313 du Code. L'impossibilité morale est une abstraction dont le législateur n'a voulu se préoccuper que dans une circonstance unique, celle de l'article 313. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'esprit de la loi et des discussions préparatoires qu'elle a subies [1].

861. — Ainsi, on avait proposé au Conseil d'Etat de considérer comme un motif de désaveu la séparation des époux, réunie à l'adultère de la femme. Mais cette proposition, d'abord admise par la section de législation, n'a plus figuré dans le projet définitivement adopté. Cette prétérition prouve qu'on a en définitive repoussé la proposition, et que la séparation de corps laisse les époux sous l'empire du droit commun à l'endroit des enfants nés depuis qu'elle a été prononcée. Cela est profondémont regrettable, car la séparation faisant cesser la fréquentation légale que le mariage produit, fait disparaître le principal fondement de la maxime *Pater is est*.... L'adultère survenu dans ces circonstances ajoute à l'importance de ce premier effet et crée une forte présomption contre la paternité du mari. Cependant celui-ci ne pourra pas même être admis à désavouer l'enfant, si la femme a pris la précaution effrontée de lui annoncer la naissance, éludant ainsi l'application de l'article 313. N'est-ce pas là, s'écrie M. Valette [2], un résultat déraisonnable?

862. — Peut-être que si le législateur de 1804 avait prévu l'abolition du divorce, la proposition eût-elle ren-

* [1] *Voy.* Aubry et Rau, VI, § 545, note 47. — Laurent, III, 370.
[2] Sur Proudhon, t. II, p. 25.

contré plus de sympathies. Le divorce, en effet, était un remède héroïque contre le mal que nous signalons, puisque, après sa prononciation, la femme, devenant étrangère à son mari, ne peut lui imposer la paternité des enfants auxquels elle donnerait le jour. Quoi qu'il en soit, le silence gardé par la loi du 28 mai 1816, laisse subsister l'effet de la séparation de corps tel que le Code l'avait admis. La paternité des enfants nés après est de plein droit imposée au mari. Il ne peut la récuser que s'il prouve l'impossibilité physique de cohabitation aux époques fixées par l'article 312 [1].

863. — Ce qu'on décidait pour le cas de séparation de corps, on devait le décider pour celui d'adultère. L'adultère de la femme n'exclut pas la paternité du mari, surtout si l'on admet la continuité ou la possibilité de relations entre lui et sa femme. L'enfant peut aussi bien être le fruit de ces relations que le résultat du crime de la mère : *Cum possit et illa (uxor) adultera esse, et impu-*

* [1] Ces conséquences avaient été modifiées par la loi du 6 décembre 1850, qui a été modifiée elle-même par l'article 2 de la loi du 27 juillet 1884, ainsi conçu : « En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après la décision qui aura autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

Dans le cas prévu par cette loi, comme sous l'empire de la loi de 1850, le mari n'a aucune preuve à faire pour justifier son désaveu, qui est par lui-même péremptoire. Il ne peut être combattu qu'en prouvant qu'il y a eu une réunion de fait entre les époux dans l'intervalle de temps où se place la conception. — *Voy.* Valette, *Explication sommaire*, p. 171 et suiv. n° 10, — Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 62, Req. 9 déc. 1857, Sir. 58. I. 97.

ber defunctum patrem habuisse [1]. Or, ces relations, la loi les présume dès qu'elles sont physiquement possibles. Elle ne pouvait donc autoriser un désaveu dont on ne pouvait même établir les fondements d'une manière certaine.

864. — Mais si l'adultère est accompagné de l'aveu tacite de la femme sur ses conséquences, le désaveu devient recevable. La loi trouve cet aveu dans le recèlement de la naissance de l'enfant. Ce fait, personnel à la femme, fournit contre la paternité du mari une présomption d'une gravité incontestable. La naissance d'un enfant est, pour une femme vertueuse, un sujet d'orgueil et de juste fierté. Cette naissance peut, dans certains cas, exercer une bienfaisante influence sur le sort des époux, contribuer à resserrer le lien qui les unit et dissiper les nuages qui obscurcissaient la vie commune. Dès lors, la conduite de l'épouse déjà adultère qui, loin de déclarer la naissance de son enfant, l'entoure d'un profond mystère, la dérobe au regard de son mari, ne décèle-t-elle pas les replis les plus secrets de son cœur? N'est-ce pas le cri d'une conscience convaincue et la reconnaissance formelle de l'illégitimité de l'enfant? N'élève-t-elle pas en un mot, contre celui-ci, un préjugé assez fort pour balancer la présomption fondée sur le mariage? [2]

865. — Mais balancer une présomption ce n'est pas la détruire. Aussi le mari qui a prouvé l'adultère de sa femme et le recèlement de la naissance de l'enfant, n'a pas encore rendu le désaveu inévitable. Il y a probabilité,

[1] L. 2, § 9, Dig. *Ad legem Juliam de adult.*

[2] Toullier, tom. II, p. 126, n° 814.

aveu tacite de la mère, si un autre motif ne vient pas expliquer sa conduite. Or, en matière de légitimité, ce n'est pas sur des probabilités, ce n'est pas même sur les déclarations de la mère qu'on décide du sort de l'enfant.

Jusque-là donc, il y a seulement doute grave qu'il convient d'approfondir. Le désaveu est recevable. Mais il ne sera fondé que si le mari complète la démonstration qu'il doit faire de l'illégitimité de l'enfant. Conséquemment et par une exception aux règles ordinaires, la loi lui permet d'articuler et de prouver tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant.

En dernière analyse, pour que le désaveu d'un enfant conçu et né pendant le mariage soit recevable, il faut que la femme convaincue d'adultère, le soit également d'avoir recélé la naissance ; pour qu'il soit fondé, il faut que le mari prouve qu'il n'est pas le père de l'enfant, bien entendu qu'il ne s'agit plus ici d'une impossibilité physique, comme tout à l'heure. L'impossibilité morale suffit, et l'on peut la faire résulter de tous faits, de toutes présomptions de nature à corroborer l'induction tirée de l'adultère et du recèlement de la naissance [1].

* [1] La preuve ainsi mise à la charge du mari, qui a établi le recèlement de la naissance et l'adultère de la femme, peut résulter, par exemple, de l'âge avancé du mari, de son état valétudinaire, enfin, de la mésintelligence qui régnait entre les époux dans le temps correspondant à celui de la conception. — *Voy.* Duranton, III, 53 et 54. — Toullier, II, 817 et 818. — Marcadé, sur l'art. 313, n° 1. — Demolombe, V, 51. — Req. 14 févr. 1854, Sir. 54, I, 225.

Quand il résulte de faits reconnus constants par le tribunal, devant lequel est portée l'action en désaveu, des indices tendant à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant, ce tribunal peut admettre le désaveu, sans être obligé d'ordonner une preuve par témoins. — *Voy.* Req. 4 avril 1837, Sir. 37, I, 439.

866. — Mais que faut-il entendre par le recélé de la naissance? Cette naissance est un fait complexe impliquant le concours nécessaire de trois caractères : la conception, la grossesse, l'accouchement. De plus, elle ne se manifeste que par la déclaration exigée par l'article 55 du Code civil. Cela étant, l'article 313 entend-il que le recélé porte sur l'ensemble de ces circonstances? En d'autres termes, faut-il que la femme ait tout à la fois dissimulé, nous ne dirons pas la conception, l'époque en est nécessairement inconnue, mais sa grossesse, célé son accouchement et fait une fausse déclaration? Suffira-t-il, au contraire, d'une ou de deux de ces circonstances? Quelle sera l'importance de chacune d'elles?

Pour résoudre ces questions, il faut se pénétrer de l'esprit de l'article 313, tel qu'il résulte des discussions dont cet article a été l'objet dans le sein du Conseil d'Etat.

Nous l'avons déjà dit, l'intention du législateur a été de proscrire le désaveu fondé sur l'impossibilité purement morale. Cependant ce principe a dû fléchir lorsque, comme le disait le consul Cambacérès, il fallait se rendre à l'évidence des faits et ne pas placer les juges entre un texte trop rigoureux et le cri de leur conscience.

Mais comment arriver à cette évidence, si les présomptions les plus décisives ne parvenaient pas à en autoriser la recherche? Sans doute l'état des enfants ne pouvait être abandonné à la déclaration plus ou moins intéressée, plus ou moins sincère de la mère. Mais ce qu'une déclaration ne pouvait faire, le mystère dont la femme s'enveloppe dans une circonstance telle que la naissance d'un enfant était de nature à l'opérer. « Si la femme adultère, disait l'orateur du Gouvernement, a

caché à son mari sa grossesse, son accouchement, la naissance de l'enfant, le sentiment qui lui a dicté ce mystère et imposé les soins et les embarras qu'il exige, est d'une telle prépondérance, qu'il serait injuste de ne pas l'appeler en témoignage sur la question de la véritable paternité. Une femme, en ce cas, ne dit rien, ne déclare rien; au contraire, elle se tait, elle se cache, c'est son cœur lui-même qui, malgré elle, développe ses replis les plus cachés, c'est sa conscience qui laisse échapper son plus mystérieux jugement. »

Ainsi, le silence de la femme est l'aveu tacite le plus énergique de l'illégitimité de l'enfant. Conséquemment, que ce silence porte sur le fait matériel de la naissance, sur l'accouchement ou sur la grossesse, il n'existe pas moins, il n'en doit pas moins produire tous ses effets.

867. — Cependant, le silence d'abord gardé sur la grossesse peut être rompu avant l'accouchement, à une époque plus ou moins rapprochée de celui-ci. La connaissance qui en résultera pour le mari lui enlèvera-t-elle la faculté de désavouer l'enfant?

Admettre l'affirmative, c'est rendre la femme arbitre souveraine du désaveu. Elle pourrait, en effet, le rendre dans tous les cas irrecevable en décélant sa grossesse quelques jours avant l'accouchement, après l'avoir dissimulée pendant longtemps. Un pareil résultat serait une iniquité avec d'autant plus de raison, que la conduite de la femme peut n'être dictée que par esprit de bravade et de défi pour placer son mari en dehors des conditions prescrites par la loi pour l'exercice du droit du désaveu. Ainsi, le crime lèverait insolemment la tête, et l'enfant, étranger au mari, se verrait assurer, sans retour, un

rang, un titre, un privilège auquel il n'a jamais eu aucun droit.

Une pareille immoralité ne pouvait entrer dans les prévisions du législateur. C'est ce que la Cour de Cassation vient de décider par son arrêt du 7 janvier 1850.

868. — Le savant rapporteur, M. Mesnard, après avoir examiné la légalité, présentait à la Cour suprême les observations suivantes : « Que conclure de tout cela? Une chose bien simple, c'est qu'il n'y a rien d'absolu dans les termes de l'article 313; que tout dépend des circonstances, et qu'en cette matière une grande latitude est nécessairement laissée aux tribunaux.... En pareil cas, ce à quoi il faut s'attacher, ce n'est pas à ce que le mari a pu savoir ou ignorer, c'est à ce que la femme a voulu cacher. La loi ne prend pas garde à ce qui a pu venir à la connaissance du mari sur les faits relatifs à la naissance; elle ne s'occupe que de la conduite et de la dissimulation de la femme ; elle n'exige pas que le mari ait ignoré la naissance, car il doit la connaître pour pouvoir désavouer ; elle veut seulement qu'on la lui ait cachée. Que la femme réussisse complètement ou non dans son œuvre de mystère, jusqu'à un certain point, il importe peu. Les tribunaux auront à apprécier sa conduite; ils auront à vérifier si le secret qu'elle a fait à son mari des signes ou des preuves de la maternité contient ou non cet aveu tacite et spontané que les auteurs de la loi rattachent au récel de la naissance. »

Sur ces observations, la Cour de Cassation a consacré les solutions suivantes :

« Attendu, en droit, que le législateur, en admettant que la présomption consacrée par l'article 312 du Code civil,

après avoir fléchi devant l'impossibilité physique de cohabitation, pourrait également fléchir devant la preuve de l'impossibilité morale de cette cohabitation, a entendu assujettir cette preuve à une condition qui servît de garantie contre les appréciations variables et arbitraires des tribunaux; que c'est ainsi qu'il a exigé dans l'article 313, pour la recevabilité du désaveu fondé sur la preuve de cette impossibilité morale, que la femme eût caché au mari la naissance de l'enfant, trouvant dans ce recel ou cette dissimulation, de la part de la femme, l'aveu tacite de sa faute et un secret jugement de sa conscience contre la légitimité de l'enfant;

» Attendu que, devant cette pensée inconstestable de l'article 313, il est impossible d'admettre que le recel de la grossesse soit un fait insignifiant et que le recel de l'accouchement ait été l'objet exclusif de l'attention du législateur;

» Attendu que la naissance implique, tout à la fois, la grossesse et l'accouchement, et que le recel de l'un ou de l'autre de ces deux faits élémentaires et constitutifs de la naissance peut devenir, selon les circonstances, plus ou moins significatif et tenir lieu de cet aveu tacite que la loi fait résulter du silence de la femme;

» Attendu qu'en pareil cas, il y a beaucoup moins à rechercher ce que le mari a pu savoir ou ignorer, que ce que la femme a voulu lui cacher, puisqu'il s'agit uniquement de déterminer la signification morale et intentionnelle du secret dont elle a voulu entourer sa maternité;

» Attendu que si la femme qui dissimule sa grossesse à son mari encourt le juste soupçon de la loi, en commençant ainsi un système de recel, incompatible avec le sentiment de ses devoirs, il ne s'ensuit pas toujours que

cette dissimulation doive suffire pour constituer le recel de la naissance; qu'ainsi les conséquences de cette dissimulation peuvent être écartées lorsque la femme, par une révélation loyale et sincère de son état, faite en temps opportun au mari, efface les soupçons et les doutes qui s'attachaient à son silence; mais qu'il en est autrement lorsqu'à la place d'une révélation sincère et spontanée, se produit un aveu intéressé, calculé, déloyal, et qui, au lieu d'être une protestation contre le passé, devient, au contraire, la continuation, la confirmation du recel de la grossesse et met encore plus à nu la pensée coupable qui y a présidé [1]. »

869. — Il résulte de cette doctrine que le recel de la grossesse équivaut, quant au désaveu, au recel de la naissance. Mais, ainsi qu'on le faisait observer dans l'espèce jugée par la Cour de Cassation, la grossesse est, pendant longtemps, pour la plupart des femmes, un fait incertain et ignoré. Aussi n'admet-on pas qu'il y ait nécessairement fraude, par cela seul qu'elle n'a pas été déclarée. La femme sera toujours admise à expliquer, à justifier les causes de son silence, et sa dissimulation ne motivera le désaveu que lorsque les tribunaux seront convaincus de la loyauté qui y a présidé. Cette déloyauté admise dans l'origine, il ne dépendra plus de la femme d'empêcher le désaveu et de consacrer, au gré de son caprice, la légitimité de l'enfant dont elle a d'abord tacitement reconnu l'illégimité.

870. — Les termes de l'article 313 conduisant à cette conséquence que l'articulation des faits n'est exigée qu'a-

[1] D. P. 1850, 1, 5.

près la décision affirmative sur l'adultère suivi du recèlement, faut-il en conclure que l'action en désaveu ne sera recevable qu'autant qu'il y aura à cet égard chose jugée?

L'affirmative absolue a été soutenue sur le motif que la loi n'admet la faculté de désavouer qu'en supposant *a priori* l'existence de l'adultère et le recèlement de la naissance. Cette existence est donc la condition indispensable de l'action en désaveu; conséquemment, tant qu'elle n'est pas acquise, le désaveu n'est pas recevable. On invoque à l'appui de cette doctrine les paroles de M. Duveyrier exprimant le vœu du Tribunat : *On ne pouvait refuser au mari, qui a* **déjà** *prouvé le crime de sa femme et le mystère dont elle a enveloppé le fruit de son crime, la faculté d'offrir à la justice les autres preuves qui peuvent compléter la démonstration.*

871. — La Cour de Cassation a cependant jugé, et selon nous avec raison, que la recevabilité du désaveu ne saurait être subordonnée au jugement préalable de l'adultère [1]. Mais cet arrêt, rendu le 8 juillet 1812, va plus loin encore, il considère l'adultère comme la conséquence naturelle du recèlement de la naissance, soit de

* [1] Il n'est pas nécessaire que la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance soit faite avant l'introduction de l'action en désaveu. Duranton, III, 51. — Demolombe, V, 42 et 49. — Aubry et Rau, VI, § 545, p. 45 et suiv.

Il n'est pas exigé non plus que ces faits aient été reconnus comme constants par un jugement préalable à la décision définitive : il suffit qu'ils se trouvent constatés l'un et l'autre dans le jugement qui admet le désaveu. Demolombe, V, 43 et 49. — Aubry et Rau, *loc. cit.* — Civ. rej. 8 juill. 1812.— Req. 25 janv. 1831, Sir. 31, I. 81; 9 mai 1838, Sir. 38, I, 854; 31 juill. 1866, Sir. 66, I, 417.

l'admission du désaveu. Il consacre donc que la seule chose à prouver par le mari, c'est le recèlement de la naissance.

Cette doctrine nous paraît inconciliable avec le texte de l'article 313. Evidemment ce texte clair, précis et formel ne s'occupe du recèlement de la naissance que dans le cas d'adultère acquis, ce n'est qu'alors que cette circonstance devient significative. En d'autres termes, ce texte se résume dans cette proposition : pour que le recèlement de la naissance signifie que l'enfant est le produit d'un crime, il faut avant tout qu'on prouve qu'un crime a existé.

872. — Cette interprétation découle logiquement des discussions législatives dont l'article 313 a été l'objet. « L'accouchement d'une femme, dit M. Rœderer, et « l'éducation de son enfant à l'insu de son mari ou loin « de ses yeux, ne peuvent être une preuve, pas même un « commencement de preuve que le mari n'est pas le père « de l'enfant. Un mari violent, qui soupçonnera un com- « merce clandestin entre sa femme et un amant, pourra « la menacer des plus redoutables traitements, si elle « devient grosse dans le temps sur lequel porte ses soup- « çons, cependant elle est grosse au moment de ces « menaces; son mari s'absente pour services publics ou « pour affaires particulières, elle, intimidée, cache son « accouchement, le dérobe à la connaissance de son mari, « quoique l'enfant puisse être de lui comme de l'amant, « ou de lui seul, la jalousie seule ayant vu un amant « dans l'homme qui n'était qu'un ami. »

A cette supposition M. Rœderer en ajoute une seconde, celle où le mari se croyant trompé, ou sachant l'être, dirait à sa femme : l'enfant dont tu es enceinte n'est pas

de moi, il faut que tu te gardes de le laisser jamais paraître à mes yeux ; et, comme on s'armait de l'autorité de Cochin pour contester une pareille supposition, M. Rœderer répondait par ces paroles de d'Aguesseau : *Un père peut très bien désavouer son propre enfant, et vouloir venger sur son fils l'affront qu'il a reçu de la mère.*

Ces considérations ont-elles été sans influence sur la rédaction de l'article 313 ? Il serait permis de le croire, si les termes dans lesquels cet article est conçu ne donnaient pas la preuve du contraire ; si, après ces discussions, on n'avait pas insisté sur la nécessité de la preuve préalable de l'adultère. Nous avons déjà rappelé les paroles de l'orateur du Tribunat. Voici maintenant celle de Bigot de Préameneu, exposant les motifs de la loi : *Comment repousser un mari qui,* **ayant fait déclarer sa femme adultère,** *ayant ignoré qu'elle eût un enfant, verrait après coup, et peut-être après la mort de sa femme, cet enfant se présenter comme étant né de son mariage.*

Ainsi, partout la même explication, la même exigence : l'adultère de la femme suivi du recèlement de la naissance. Loin donc que ce recèlement implique comme conséquence la certitude de l'adultère, il faut avouer qu'aux yeux du législateur cette circonstance tire son principal caractère de l'adultère même. Celui-ci prouvé, il y a entre le recèlement et lui une liaison intime, directe, significative. On peut alors dire avec juste raison : *Post hoc ergo propter hoc.* Le recèlement sans la preuve de l'adultère n'est plus qu'un fait grave sans doute, mais qui n'a pas une signification bien précise. Il peut tenir à l'une des causes indiquées par M. Rœderer, il peut encore n'être que le produit d'une coupable affection, qui, pour ne pas

diminuer la fortune des enfants déjà nés, n'aura pas reculé devant une odieuse suppression de part.

Tout cela peut paraître difficile à admettre, mais il suffisait d'une probabilité pour que le législateur dût s'entourer des plus rassurantes précautions. Or, la première et la plus simple de toutes, était d'exiger la preuve de l'adultère, avant d'assigner cette cause à la paternité de l'enfant. Il n'est pas exact de dire que la preuve de l'adultère peut résulter et résulte même nécessairement du recèlement de la naissance. Cette preuve doit toujours être produite [1]. Que la justice soit moins difficile sur les éléments qui doivent la constituer, alors que le recèlement de la naissance en fournit déjà une présomption, cela se comprend, mais proclamer toute autre preuve inutile en présence de ce recèlement, c'est méconnaître, à notre avis, le texte et l'esprit de la loi [2].

873. — Si nous nous écartons en ce point de l'arrêt

[1] Merlin, v° *Légitimité*, sect. 2, § 2, n° 5; — Toullier, t. II, n° 812.

* [2] Les tribunaux ne peuvent-ils accueillir l'action en désaveu qu'en constatant tout à la fois le recèlement de la naissance, l'adultère de la femme et l'existence des faits accessoires propres à démontrer que le mari n'est pas le père de l'enfant?

La jurisprudence semble incliner pour la négative, en décidant que la preuve spéciale de l'adultère n'est pas exigée, en ce sens que cette preuve résulterait virtuellement de celle du recèlement de la naissance et des faits de nature à établir la non-paternité du mari. Req. 25 janv. 1831, Sir. 31, I, 81; 9 mai 1838, Sir. 38, I, 854. — *Voy.* aussi Civ. rej. 8 juillet 1812, cité par M. Bédarride.— Valette, *Explication sommaire*, p. 170 et 171, n° 9.

L'affirmative nous paraît préférable. La doctrine contraire est en opposition avec la disposition de l'art. 313, qui semble bien exiger la double preuve de l'adultère et du recèlement de la naissance. — En ce sens, Aubry et Rau, VI, § 545, note 56. — Comp. Laurent, III, 374 suiv.

de la Cour de Cassation, nous nous réunissons entièrement à sa doctrine, quant à l'effet de la constatation judiciaire de l'adultère, sur la recevabilité du désaveu. En effet, faire dépendre cette recevabilité de la chose jugée sur l'adultère, serait ne tendre à rien moins qu'à rendre souvent tout désaveu impossible.

Le mari peut n'être mis sur la voie de l'adultère que par la découverte de l'enfant. Son désaveu doit être formulé dans les deux mois de cette découverte, à peine de déchéance. Comment donc pourrait-il échapper à cette déchéance, s'il est obligé de faire d'abord judiciairement constater l'adultère? Cette constatation verra s'écouler les deux mois que la loi lui accorde, de telle sorte qu'au moment où il lui serait permis d'agir, il ne pourra plus le faire. Ainsi interprétée, la loi serait évidemment absurde et injuste.

Tout commande donc au mari qui s'y croit fondé d'introduire l'action en désaveu immédiatement après la découverte de l'enfant. Cette action intentée, il doit : ou comme le veut M. Valette [1], prouver d'abord l'adultère et le recèlement de la naissance, et faire ensuite statuer sur le désaveu ; ou, comme l'enseignent divers arrêts, et notamment celui rendu par la Cour de Cassation le 25 janvier 1831, faire marcher de front la preuve de l'adultère, celle du recèlement et celle des faits propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. Quoique le mode indiqué par M. Valette nous paraisse plus juridique, plus conforme au texte et à l'esprit de l'article 313, nous ne voyons dans le second aucun inconvénient de nature à en commander le rejet [2].

[1] Sur Proudhon, t, II, p. 32

[2] Voy. note sous le n° 871.

874. — L'action en désaveu est personnelle au mari, de telle sorte que, lui vivant, personne autre n'est recevable à rompre le silence qu'il s'imposerait lui-même. Arbitre suprême de la conduite de sa femme, l'approbation même tacite qu'il lui donne met celle-ci à l'abri de toute attaque : *Probatam enim a merito uxorem, et quiescens matrimonium, nemo debet alius turbare atque inquietare*[1]. C'est dans ce sens que le droit accordé au mari ne constitue qu'une simple faculté dont il lui est toujours loisible de ne pas user. Seul et unique juge des intérêts, des besoins de l'honneur de la famille, il prononce souverainement à l'encontre de tous, il peut connaître la faute, mais il peut vouloir l'ignorer et la cacher, à lui donc le droit de punir, le droit de se venger, mais à une condition : c'est de n'être pas privé du droit de pardonner[2]; le pardon qu'il accorderait assurerait la légitimité de l'enfant.

875. — Le silence gardé par le mari suppose dans tous les cas ce pardon. Conséquemment il éteint l'action que nul ne peut plus intenter à l'avenir, mais, pour produire cet effet, ce silence doit s'être prolongé au delà du délai accordé par la loi pour l'exercice du désaveu. Tant que ce délai n'est pas expiré, le silence peut être rompu et, si le mari meurt en cet état, l'action en désaveu est au nombre de celles que ses héritiers sont appelés à recueillir et qu'ils ont dès lors qualité pour poursuivre. C'est ce qui est textuellement édicté par l'article 317 du Code civil.

La personnalité de l'action ne cesse donc que dans le

[1] L. 26, Dig., *Ad legem Juliam de adult.*

[2] Martin de Strasbourg, *Mémoire pour l'affaire Hermann.*

cas de mort avant l'épuisement du délai que la loi donne au mari pour réaliser le désaveu. Le mari n'a pas définitivement pardonné tant qu'il peut encore réclamer; en cet état, ses héritiers deviennent à leur tour les arbitres de l'opportunité d'une action à laquelle ils peuvent avoir un immense intérêt.

876. — Les héritiers dont parle l'article 317 sont aussi bien les héritiers testamentaires que les héritiers légitimes. Les uns et les autres sont également les représentants du défunt, jouissant des mêmes prérogatives. Soumis aux mêmes obligations, ils sont donc également admissibles à poursuivre le désaveu [1]. Cette faculté n'étant attachée qu'à la qualité d'héritiers, il est certain que celui qui, appelé à la succession, y aurait renoncé, ne pourrait plus prétendre à l'exercer.

Il résulte encore des termes de l'article 317 que l'action en désaveu appartient exclusivement aux héritiers du mari. En effet, la femme, quelqu'intérêt qu'elle eût d'ailleurs à le faire, ne saurait être admise à désavouer l'enfant qu'elle aurait elle-même frauduleusement introduit dans la famille : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.* Ses héritiers ne pourraient donc trouver dans sa succession une action qui n'a jamais existé. A cette raison légale s'ajouterait un motif d'honnêteté publique. Comment concéder à l'héritier de la femme une faculté dont l'exercice déshonorerait celle dont il tient ses droits et ajouterait ainsi le scandale à l'immoralité [2]?

*[1] Le terme *héritiers* de l'art. 317 comprend tous les successeurs universels du mari. Proudhon et Valette, II, p. 60-68. — Demolombe, V, 123-125, 127-129.

*[1] Le droit de désaveu n'appartient ni à la femme ou à ses héritiers.

877. — Ainsi les héritiers du mari ont seuls qualité pour désavouer l'enfant se prétendant issu du mariage entre sa mère et leur auteur. Ce droit est subordonné à la mort de celui-ci avant l'expiration des délais pendant lesquels il peut réaliser lui-même l'action. La mort survenue après l'expiration de ces délais a éteint l'action qui n'a pu ainsi se transmettre aux héritiers. La légitimité de l'enfant est donc inattaquable. Tant que le mari est vivant, nul autre que lui ne peut désavouer l'enfant, l'action lui étant exclusivement personnelle, puisque seul il peut en apprécier exactement l'opportunité et la justice.

C'est par application de ce principe qu'on doit résoudre deux questions fort importantes en matière de désaveu.

L'héritier présomptif envoyé en possession provisoire des biens de l'absent, le tuteur du mari interdit, pourra-t-il désavouer l'enfant qui se prétend issu du mariage.

878. — Merlin, qui ne voit aucun doute possible sur le droit du tuteur de l'interdit, enseigne également l'affirmative sur la première question. Le jugement, dit-il, qui envoie l'héritier présomptif en possession des biens de l'absent, lui en transfère de plein droit l'administration; et qu'entendent les articles 120 et 125 par *biens?* Ce ne sont pas seulement les objets corporels dont se compose la fortune de l'absent, ce sont aussi tous les droits incorporels; ce sont par conséquent aussi toutes les actions qu'il pourrait exercer lui-même s'il était présent, et, par une conséquence ultérieure, c'est aussi l'action par laquelle, s'il était présent, il pourrait désavouer l'enfant conçu par

ni aux parents maternels en général. Toullier, II, 835. — Duranton, III, 77. — Demolombe, V, 135. — *Contrà*, Merlin, *Rép.* v° *Légitimité*, sect. IV, § 1, n° 1. — Delvincourt, I, p. 210.

sa femme à une époque où, par son éloignement, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle.

Qu'importe, continue Merlin, que l'envoyé en possession provisoire des biens de l'absent ne soit ni physiquement le même que lui, ni son héritier? L'absence de cette qualité ne lui enlève aucuns des droits qui y sont attachés (moins celui d'aliéner ou d'hypothéquer), comme il en supporte aussi toutes les charges, comme il est obligé, aux termes de l'article 134 du Code civil, de défendre à toutes les actions intentées contre lui. Ce n'est pas tout, par cela seul qu'il est saisi de la possession de tous les biens de l'absent, il a nécessairement qualité pour repousser toutes les prétentions qui tendraient à l'en dépouiller par une autre voie que celle indiquée par l'article 131, c'est-à-dire par la preuve de l'existence de l'absent.

Répondant à l'argument tiré des articles 312 et 317, qui ne désignent comme capables de désavouer que le mari ou ses héritiers, Merlin soutient que cela ne peut s'entendre que de l'enfant né pendant le mariage. Or, on ne pourrait considérer comme tel, celui qui est né trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, à moins qu'il ne prouvât l'existence du mari au moment de la conception. En effet, l'absent n'étant, lors de l'envoi en possession provisoire, réputé ni mort ni vivant, c'est à ceux qui réclament des droits sur le fondement de son existence à rapporter la preuve de l'une ou de l'autre [1].

879. — Malgré la juste autorité depuis longtemps acquise au célèbre jurisconsulte dont nous venons d'ana-

[1] *Questions de droit*, v° *Légitimité*, § 3.

lyser l'opinion, il nous est impossible d'admettre sa doctrine dans toute son étendue. A nos yeux, l'envoyé en possession provisoire n'est qu'un mandataire qui sera peut être définitivement exclu de la succession de l'absent. Il n'est momentanément appelé que dans la supposition que celui-ci est réellement mort au moment de la disparition ou des dernières nouvelles. Mais cette supposition n'est pas consacrée par la loi comme l'expression de la vérité, d'où la conséquence, en vertu du principe même consacré par M. Merlin, que toutes les fois que le droit que veut exercer l'envoyé en possession provisoire suppose la mort réelle de l'absent, il devra justifier cette mort qui seule lui en rendra l'exercice possible.

Jusqu'à cette preuve, la qualité de l'envoyé en possession provisoire reste problématique et incertaine, on ne sait pas même s'il sera ou non héritier. Comment, dès lors, l'autoriser à intenter l'action en désaveu sans oublier les considérations si puissantes qui ont fait concentrer cette action sur la tête du mari, tant qu'il est vivant? Il est évident, en effet, que l'héritier présomptif n'aurait pas les mêmes motifs pour agir, dans la poursuite du désaveu, avec la prudente circonspection que le mari y apportera. Il sacrifiera tout à son intérêt du moment, sans se préoccuper de l'honneur de la femme, des droits de l'enfant, que le mari, que les héritiers définitivement appelés n'auraient peut-être jamais attaqués.

Il est vrai, comme le remarque Merlin, que le jugement qui aura admis le désaveu ne sera pas obligatoire, en ce sens que le mari à son retour, que les héritiers à l'époque de son décès pourront en répudier le bénéfice. Mais le scandale n'en aura pas moins été produit, la femme et l'enfant n'en resteront pas moins flétris aux

yeux du public, et cela parce qu'un parent avide aura été momentanément chargé de la gestion de biens auxquels il doit, en dernier résultat, demeurer étranger.

Il n'a donc pu être dans la pensée de la loi d'armer le provisoire de la faculté de prendre des mesures ayant un tel caractère de perpétuité contre les personnes. La preuve la plus décisive, c'est qu'elle refuse tout ce qui aurait ce caractère à l'endroit des biens. Elle en confie l'administration, mais à la charge de faire inventaire, de donner caution, de rendre compte; mais elle prohibe toute aliénation par vente ou hypothèque; enfin, et quant aux actions actives, elle ne permet pas à l'héritier présomptif d'intenter les actions immobilières, et de transiger sur les actions mobilières, sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation [1].

Le véritable caractère d'une pareille administration est facile à déterminer, c'est un dépôt accompagné d'un mandat légal. Sans doute, et contrairement à ce qui se réalise dans l'un et dans l'autre contrat, l'envoyé en possession provisoire fait sien une partie des fruits des biens qu'il administre. Mais cette dérogation, d'ailleurs formellement écrite dans la loi, est toute dans l'intérêt de l'absent. Qui aurait osé obtenir l'envoi en possession, si dix ou vingt ans après, l'absent reparaissant, on eût été obligé de lui restituer avec le capital, la totalité agglomérée des revenus consommés année par année et quelquefois sans trop d'avantages et de profits?

L'héritier présomptif n'a donc en réalité qu'un mandat salarié et restreint. Il administre les biens qu'il reçoit en

[1] De Plasman et Moly, *Des absents*. — Proudhon et Toullier, même titre.

dépôt, en attendant l'événement du décès de l'absent. Il n'est donc pas cet héritier dont parle l'article 317, et qui, à la tête de l'hérédité, en dispose à sa libre volonté, sans restrictions et sans contrainte. Celui-ci est, pour tous les droits afférant au défunt, ce qu'était le défunt lui-même. On ne peut donc accorder au premier une faculté limitativement réservée au second.

Mais, dit Merlin, l'article 317 ne concerne que l'enfant né pendant le mariage; or, on ne pourrait considérer comme tel celui qui est né trois cents jours après la disparition ou les dernières nouvelles. Merlin a raison. Mais la question qui nous occupe ne pourra jamais naître à l'occasion d'un enfant né dans cette dernière hypothèse.

En effet, l'article 120 appelle à la possession provisoire des biens de l'absent l'héritier présomptif au jour de la disparition ou des dernières nouvelles. Cela posé, de deux choses l'une : l'acte de naissance de l'enfant place sa conception à une époque antérieure ou postérieure au jour de la disparition ou des dernières nouvelles.

Dans le premier cas, l'enfant est le seul héritier présomptif pouvant et devant obtenir l'envoi en possession. Or, comme il est reconnu qu'en cette matière les jugements n'acquièrent jamais force de chose jugée contre les parents plus rapprochés que celui qui les a obtenus, il suit que, dans notre hypothèse, l'enfant obtiendrait l'envoi en possession sans être obligé d'attaquer et de faire rétracter la décision déjà rendue et conférant cette possession à un parent collatéral. Celui-ci ne pourrait empêcher ce résultat qu'en désavouant l'enfant. Mais cette action de sa part suppose le décès du père sur lequel elle est uniquement fondée. Dès lors il doit, pour être recevable, prouver ce décès en vertu du principe admis

par Merlin, que, lors de l'envoi en possession provisoire, l'absent n'étant réputé ni mort ni vivant, c'est à celui qui réclame un droit sur le fondement de sa mort ou de son existence à prouver l'une ou l'autre.

Dans le second cas, l'enfant non encore conçu au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, n'était pas à cette époque l'héritier présomptif. Il ne peut donc pas obtenir l'envoi en possession provisoire. Le collatéral qui a requis cet envoi qui lui a été accordé, ou qui le demande en sa qualité d'héritier présomptif, doit être préféré à l'enfant, sans qu'il ait besoin de le désavouer[1]. Celui-ci ne pourrait empêcher cette préférence qu'en justifiant de l'existence de l'absent au moment de sa conception; et, comme sa prétention repose uniquement sur cette existence, il serait dans la nécessité d'en fournir la preuve préalable, en vertu du principe que nous rappelions tout à l'heure.

La nécessité pour le collatéral de désavouer l'enfant ne naîtrait qu'après que cette preuve aurait été fournie. Mais alors aussi naîtrait pour lui l'obligation de prouver le décès, puisque c'est par l'événement de celui-ci que le désaveu deviendrait recevable.

Voilà les conséquences seules vraies, seules logiques, que la règle invoquée par Merlin puisse et doive entraîner. Ainsi appliquée, cette règle concilie parfaitement les droits de chacun avec le caractère essentiellement personnel de l'action en désaveu. Dès lors tombent les objections que ce jurisconsulte éminent fait contre les conséquences de cette personnalité, et, avec ces objections l'opinion qu'elles avaient pour objet de faire prévaloir.

[1] Cass., 3 décembre 1834.

880. — L'envoyé en possession provisoire ne peut donc pas désavouer l'enfant tant qu'il n'a pas prouvé la mort de l'absent. Le droit que nous contestons à cet héritier, nous le refusons également au tuteur de l'interdit. La doctrine contraire, admise par Merlin, sans développements, sans discussion, nous paraît devoir, dans son principe et dans ses conséquences, conduire à des résultats véritablement monstrueux.

En effet, reconnaître au tuteur de l'interdit la faculté de désavouer l'enfant né pendant le mariage de celui-ci, c'est étendre singulièrement les pouvoirs que la loi lui confie, c'est méconnaître le véritable caractère de l'action en désaveu.

Vainement, dit-on, que l'article 450 investit le tuteur de la faculté d'exercer tous les droits que le pupille pourrait exercer lui-même. Cela ne peut s'entendre que des droits qui peuvent être légalement accomplis par un représentant, et qui ne se placent pas dans la catégorie de ceux que l'interdit pourrait seul exercer. Aussi personne ne s'avisera de soutenir que le tuteur peut se marier pour le pupille, tester pour lui, faire une donation, adopter, reconnaître un enfant naturel, ni être tuteur ou membre d'un conseil de famille auquel le pupille serait appelé.

Or, tout cela, celui-ci le pourrait s'il était *integri status*. Donc, il ne suffit pas que l'interdit ait le droit de faire un acte quelconque pour que le tuteur puisse l'exercer en son nom. L'argument tiré de l'art. 450 ne résout donc pas la question, cette disposition ne s'appliquant, de près ni de loin, aux actes tellement attachés à la personne, que cette personne est seule capable de les exécuter. Tout ce qui tient à l'état de la famille rentre nécessairement dans cette catégorie. Or, le désaveu intéresse essentiellement

celle-ci. Donc le pupille peut seul l'exercer comme il pourrait seul adopter, reconnaître un enfant naturel, se marier, poursuivre la séparation de corps ou le divorce.

Dans ses conséquences, le désaveu de la part du tuteur amènerait à des résultats quelquefois iniques. Remarquons d'abord que la chose jugée contre le tuteur ou en sa faveur, nuit ou profite au pupille, de telle sorte que l'enfant déclaré illégitime, sur la poursuite du premier, serait à tout jamais rejeté de la famille. Il ne serait donc pas permis au père, revenu à la raison, de réclamer comme sien l'enfant qui lui appartiendrait réellement, et dont il avouerait la paternité; l'enfant qui, dans ses moments lucides, avait peut-être été sa joie, sa consolation et l'on ne reculerait pas devant une pareille éventualité? Et l'on encouragerait ainsi un intérêt sordide à se substituer à des droits légitimes en exploitant avec habileté le mystère de la naissance de l'enfant, rendu plus impénétrable par l'infirmité du père? Ainsi, cette infirmité même sera un péril pour l'enfant, car il ne pourra interroger des souvenirs et des impressions qui, s'ils se fussent produits, auraient été pour lui la plus utile défense.

Ce serait donc contrairement à la justice, à l'équité, à l'intérêt même de l'interdit qu'on confierait à son tuteur le droit de désavouer l'enfant. Le père pourrait voir, malgré sa volonté, son propre fils injustement dépouillé de son droit, sa fortune passer à un avide collatéral, son honneur compromis, celui de sa femme perdu et tout cela lorsque la loi lui confie la mission de pouvoir se taire, le droit sacré de pardonner, lorsque seul il est en état d'apprécier non seulement la convenance et l'opportunité, mais encore la portée morale du désaveu.

Nous n'hésitons pas, quant à nous, à refuser cette action au tuteur ; nous ne pensons pas qu'on puisse substituer à la juste appréciation du mari une appréciation manquant de bases et souvent trop intéressée. La raison légale qui nous détermine et qui vient à l'appui des considérations morales qui précèdent, c'est que l'action en désaveu est une faculté plutôt qu'un véritable droit, et que si le tuteur peut faire valoir ceux-ci, il n'a aucune qualité en présence d'une faculté exclusivement attachée à la personne du pupille [1].

881. — Cette doctrine n'a pas cependant prévalu devant le Cour de Cassation. Un arrêt de la Cour de Colmar, la consacrant, a été cassé le 24 juillet 1844 [2]. Nous avons mûrement examiné les motifs de la Cour de Cassation et, nous osons le dire, ils ne nous paraissent pas de nature à infirmer les hautes et puissantes considérations sur lesquelles la Cour de Colmar étayait sa décision.

882. — Ce qui semble préoccuper la Cour suprême, c'est la disparition de la preuve dans le temps que dure l'interdiction. C'est là, sans doute, un inconvénient qu'il faut bien subir, si, en définitive, la loi ne permet pas de l'éviter. Or, cette prohibition résulte de la nature de l'action qui n'a été donnée au mari lui-même qu'à regret ; elle résulte de la force des choses, si la position seule du mari ne lui permet pas d'agir avant le levé de l'interdiction. Cet inconvénient a d'ailleurs excité l'attention du législateur, c'est M. de Malleville qui nous l'enseigne [3] ;

[1] Colmar, 21 janvier 1841. — Zachariæ, t. III, p, 645.
[2] *Journal du Palais*, t. II, 1844, p. 365.
[3] *Analyse du Code civil*, art. 216.

et si, l'ayant aperçu, il n'a rien fait pour y remédier, c'est évidemment qu'il ne l'a pas jugé suffisant pour autoriser une exception à la nécessité de rendre l'action personnelle au mari. Admettre cette exception, c'est donc aller au delà de sa volonté.

De quel poids d'ailleurs peut paraître cet inconvénient, à côté de ceux bien autrement graves qu'il y aurait à conférer l'action en désaveu à un tiers étranger aux détails intimes de la vie de famille? « L'époux seul, dit la Cour de Colmar, peut faire connaître au juge la pensée qui lui est propre, les graves et impérieux motifs (motifs qui ne peuvent être qu'exclusivement personnels) du juste ressentiment qui a déterminé son action : de même aussi que c'est à lui seul que peuvent s'adresser utilement et fructueusement, de la part de l'épouse et de l'enfant, des appels à ses souvenirs, à sa mémoire, à sa conscience, aussi bien qu'à des affections ou des sentiments qui n'abandonnent jamais entièrement le mari qui se croit outragé, alors encore qu'il sollicite les sévérités de la justice; appels qui, s'ils étaient entendus, mettraient à l'instant un terme à une lutte toujours douloureuse, tandis que, adressés à un tiers étranger à la vie intime des époux, à l'intérieur de la famille, guidé souvent par des influences qui peuvent ne pas être désintéressées, ils ne sauraient produire aucun résultat, celui-ci ne pouvant pas même y répondre. ».

Ainsi, la femme sera fatalement déshonorée, l'enfant sera inévitablement adultérin, parce qu'ils n'auront pu faire un appel à la mémoire, au souvenir, à la conscience de leur époux et père; parce qu'au lieu d'un contradicteur pouvant reconnaître son erreur ou recourir à l'indulgence, la loi leur aura donné pour adversaire un tiers qui

ne pourrait, alors qu'il serait porté à le vouloir, reconnaître l'exactitude, la sincérité des faits au témoignage desquels ils en appelleront ; et c'est à cela qu'aboutiront, en définitive, les précautions dont la loi a cru devoir entourer l'exercice de l'action par le mari lui-même? Nous ne saurions l'admettre.

Mais, dit la Cour de Cassation, l'action n'est pas exclusivement personnelle au mari, puisque ses héritiers pourront l'exercer. Mais, pour qu'il en fût ainsi, il a fallu que l'article 317 s'en expliquât formellement, ce qui prouve la personnalité de l'action, puisque, si elle n'avait pas eu ce caractère, le droit des héritiers n'aurait pas eu besoin d'être inscrit dans la loi d'une manière spéciale. Les principes généraux suffisaient. Nul ne contestera jamais la faculté pour l'héritier d'exercer les actions appartenant à son auteur.

L'article 317 conduit donc à cette conséquence que le principe général était sans application au désaveu, et, par là, à la reconnaissance formelle de la personnalité de l'action. C'est par une pure exception à cette personnalité que ce même article confère, dans certains cas, aux héritiers l'exercice de cette action, et ce caractère exceptionnel de cette disposition suffit pour qu'on la restreigne dans ses limites naturelles. La loi, n'appelant que les héritiers, refuse, par cela même, cette faculté aux représentants du mari autres que ces héritiers eux-mêmes. Loin donc de voir dans l'article 317 la preuve que le tuteur a le droit de désavouer, on doit y voir le refus formel en ce qui le concerne : *Qui dicit de uno, de altero negat.*

Nous ne pouvons donc pas considérer l'arrêt du 24 juillet comme le dernier mot de la Cour de Cassation. La Cour de Colmar avait, elle aussi, débuté par reconnaître

le droit du tuteur qu'elle avait sanctionné par arrêt du 17 février 1832. Mais elle est depuis revenue de cette jurisprudence. La Cour de Cassation suivra-t-elle cet exemple? C'est une question qu'il n'appartient qu'à ses propres lumières et sa haute indépendance de résoudre [1].

883. — Les fins de non-recevoir que l'enfant pourrait opposer au mari sont opposables aux héritiers. Ainsi, l'aveu de la paternité, la connaissance de la grossesse avant le mariage, l'assistance à l'acte de naissance, ferait repousser l'action des héritiers comme celle du mari lui-même. Bien entendu que tous ces faits, que la connaissance de la naissance de l'enfant ne sauraient utilement être invoqués que si on pouvait les attribuer au père. Tout ce qui ne ferait qu'indiquer implicitement la paternité, notamment la connaissance de la grossesse, celle de la naissance, qu'on imputerait à l'héritier, serait complètement indifférent.

884. — Mais il en serait autrement des circonstances

* [1] La question de savoir si le tuteur d'un mari interdit judiciairement peut exercer, en son nom, l'action en désaveu est très controversée.

L'affirmative est enseignée par Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Légitimité*, n° 8. — P. Pont, *Revue de droit français*, 1845, II, p. 437. — Demolombe, V, 116-118, et consacrée par l'arrêt de cassation de la chambre civile du 14 juillet 1844, critiqué par M. Bédarride. — *Contrà*, Dupret, *Revue de droit français*, 1844, I, p. 725. — Aubry et Rau, VI, § 545 *bis*, note 6. Ces derniers auteurs reconnaissent toute la gravité des considérations tirées surtout du danger de la disparition des preuves ; mais ils opposent à ces considérations la nature même du désaveu, qui est, disent-ils, pour le mari, une question de conviction personnelle et intime, en même temps qu'une question d'honneur, dont il doit rester le seul appréciateur. — *Voy.* aussi en ce sens, Laurent, III, 436.

personnellement imputables à celui-ci, et d'où résulterait de sa part la reconnaissance de la qualité d'enfant légitime. Cette reconnaissance créerait une fin de non-recevoir contre tout désaveu ultérieur. C'est dans ce sens que la Cour de Montpellier a repoussé l'action de collatéraux qui, ayant concouru à un conseil de famille assemblé dans l'intérêt de l'enfant, avaient ensuite voulu le désavouer[1].

885. — L'action en désaveu par le père doit être intentée dans le mois de la naissance, s'il est présent sur les lieux; dans les deux mois du retour, s'il était absent lors de l'accouchement. Par l'absence, la loi entend ici la non présence du mari sur les lieux, quel qu'en ait été le motif, tout comme le retour, faisant courir le délai de deux mois, est la rentrée du mari aux lieux habités par la femme et non pas la réintégration du territoire de la France après un séjour en pays étranger[2].

C'est aussi un délai de deux mois qu'on accorde au mari dans le cas de recèlement de la naissance, et ce délai ne commence à courir que du jour de la découverte de la naissance frauduleuse et de l'existence de l'enfant. La détermination de ce point de départ n'est que la juste conséquence de la règle *Contra non valentem agere, non currit prescriptio.* Quelque faveur que mérite la fixité de l'état de famille, on ne pouvait consacrer en faveur de l'enfant la faculté de prescrire contre le mari un droit dont celui-ci ne pouvait même soupçonner l'existence. Il était facile de prévoir que dans tous les cas on s'arrange-

[1] 4 février 1824.
[2] Paris, 9 avril 1831.

rait de manière à ce qu'il ne le connût qu'après l'époque où il aurait pu l'exercer; et c'est ce qu'il importait de prévenir.

De là cette autre circonstance, que l'interdiction du mari le plaçant dans une impossibilité légale d'agir, le délai de deux mois ne commencera à courir contre lui qu'à partir du jour de la levée de l'interdiction.

886. — La mort du mari avant l'expiration du délai qui lui est accordé confère à ses héritiers le droit de désavouer l'enfant [1]. Ces héritiers ne jouissent pas seulement du temps qui restait à courir lors de la mort de leur auteur; ils ont un délai qui leur est propre et personnel, et dont la durée est de deux mois.

887. — Mais le point de départ de ce délai varie selon qu'à la mort du mari l'enfant a pris ou non possession de l'hérédité. Dans le premier cas, les héritiers, empêchés d'user de leur droit, sont en demeure de le faire valoir immédiatement. Les deux mois courent donc du jour de la mise en possession.

Ils courent du jour de la réclamation de l'enfant, si les héritiers en possession de l'hérédité sont troublés dans cette possession par cette réclamation. Le silence qu'ils ont gardé jusqu'à ce moment peut n'être que le résultat de l'ignorance de l'existence de l'enfant, dont ils ne sont d'ailleurs jamais tenus de provoquer l'action.

* [1] Dès que le droit de désaveu passe aux héritiers, dans le cas même où le mari est mort sans avoir réclamé (art. 317), et par cela seul que le délai utile n'était pas encore expiré, il faut en conclure qu'il en doit être de même, à *fortiori*, lorsque le mari a lui-même formé le désaveu en temps utile. En ce sens, Demolombe, v, 120.

Mais le trouble se réalisant, et l'enfant ayant manifesté ses prétentions, le silence n'est plus permis. Il y a intérêt et dès lors devoir à agir. La méconnaissance de ce devoir pendant plus de deux mois rend non recevable toute action ultérieure.

Notons que par trouble à la possession, la loi entend non une prétention verbale plus ou moins publiquement affichée, mais tout acte sérieux par lequel l'enfant, sans réaliser encore son action, annonce l'intention formelle de l'intenter. Ainsi, le délai de deux mois aurait un point de départ incontestable non seulement dans l'assignation donnée à la requête de l'enfant afin de restitution de l'hérédité, mais encore dans l'acte extrajudiciaire par lequel il signifie qu'il va se pourvoir [1].

888. — Les exigences de la loi relativement au délai sont pleinement satisfaites, lorsque, dans la durée de celui qui leur est imparti, le mari ou ses héritiers ont notifié le désaveu par acte extrajudiciaire. Mais, aux termes de l'article 318, cet acte doit être suivi, à peine de nullité et de déchéance, d'une action en justice intentée dans le mois de sa date. L'omission de cette formalité assurerait la légitimité de l'enfant et rendrait le désaveu comme non avenu. Toutefois, le délai accordé par l'article 518 ne peut jamais restreindre celui accordé par les articles précédents. Il n'est, à proprement parler, qu'un délai supplémentaire. Conséquemment, son expiration n'entraîne réellement la déchéance que si elle coïncide avec celle des délais prescrits par les articles 316 et 317.

[1] Cass., 21 mai 1817, et 31 décembre 1834. — Orléans, 6 février 1818. — Agen, 28 mai 1821.

Tant que ceux-ci ne sont pas écoulés, le désaveu peut être porté en justice malgré qu'il ait été annoncé par un acte extrajudiciaire signifié depuis plus d'un mois [1].

889. — L'enfant est le défendeur principal au désaveu; c'est donc contre lui que l'action doit être intentée et poursuivie. D'autre part, la mère est aussi une partie essentielle sans la présence de laquelle il serait impossible de poursuivre le désaveu [2]. Seule, elle pourra fournir tous les renseignements tendant à fixer l'appréciation des magistrats. Elle doit donc être appelée dans l'instance, où elle a d'ailleurs un intérêt précieux à défendre, celui de sa réputation, de son honneur. La mère, agissant en son nom personnel, n'a pas qualité pour représenter l'enfant, auquel, s'il est mineur, il est donné un tuteur spécial. C'est au poursuivant qu'incombe la charge de faire procéder à à la désignation de ce tuteur [3].

890. — La naissance d'un enfant peut devenir une occasion de fraude contre l'enfant lui-même. C'est ce qui se réalise dans la suppression ou la substitution de part.

[1] Cass., 4 avril 1837. — Rouen, 5 août 1841. — *J. du P.*, tom. I, 1837, p. 256, et t. II, 1841, p. 242, — * *Junge* Merlin, *Quest. de dr.*, v°, *Légitimité*, § —2. Toullier, II, 842.— Duranton, III, 92. — Demolombe, V, 158.

* [2] La procédure faite en l'absence de la mère serait irrégulière. — *Voy.* Demolombe, V, 168-170. — Civ. cass. 24 déc. 1839, Sir. 40, I, 167.

* [3] C'est au conseil de famille que la nomination de ce tuteur *ad hoc* appartient, conformément aux règles ordinaires. Toullier, II, 843. — Proudhon, II, p. 59. — Duranton, III, 96.— Req. 14 février 1854.— Sir. 54, I, 225. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, II, p. 59, note *a*. — Demolombe, V, 166 et 167. — Laurent, III, 453.

L'art. 318 n'ayant pas attribué aux tribunaux le pouvoir de nommer le tuteur *ad hoc*, la première opinion nous semble plus exacte.

Elle peut n'avoir rien de réel et couvrir une odieuse spéculation. Telle est la fraude résultant d'une supposition de part.

891. — L'article 545 du Code pénal considère chacun de ces faits comme un crime et le punit d'une peine afflictive et infamante. La peine est donc la même, mais il y a, dans les caractères constitutifs du crime, une différence qu'il importe de noter par rapport aux époux.

Ainsi la substitution d'un enfant peut-être opérée, à l'insu des parents, par des tiers avides et intéressés; la suppression de part se réalisera rarement sans la participation du père ou de la mère; la supposition implique forcément cette participation. Celle-ci renferme de plus la suppression d'état de l'enfant que l'on enlève à sa famille pour l'introduire dans celle qui lui est étrangère.

892. — L'enfant, à qui l'un de ces crimes a fait perdre sa véritable filiation, est admissible à redemander l'état qu'on a tenté de lui enlever. Son action, à cet effet, était certes éminemment favorable. Cependant sa recevabilité a été subordonnée à l'existence d'une preuve littérale ou tout au moins d'un commencement de preuve par écrit. La crainte d'encourager les spéculations sur le scandale de pareils procès a déterminé l'adoption de cette règle rigoureuse.

893. — A côté du principe sur le commencement de preuve, le législateur a posé la mesure dans laquelle il entendait le restreindre. Ainsi, ce commencement de preuve ne peut résulter que des registres ou papiers du père ou de la mère; des actes publics ou privés émanés

d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante. Les magistrats ne sauraient donc chercher ailleurs les éléments du commencement de preuve. Mais ils ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le document invoqué appartient réellement à l'une des catégories indiquées par la loi. Ainsi, on a pu juger qu'un simple acte par lequel un mari s'oblige à payer une somme à un enfant, peut être regardé comme un commencement de preuve par écrit [1].

Les énonciations de l'acte de naissance de l'enfant peuvent aussi être offertes comme remplissant cet objet. Mais, à cet égard, la jurisprudence a toujours procédé avec beaucoup de réserve et de circonspection [2].

Au reste, la disposition de l'article 323 n'est qu'une dérogation au principe de l'article 1348, dérogation commandée par un pressant besoin social, mais dont le législateur ne s'est nullement dissimulé l'extrême rigueur. N'est-il pas, en effet, exorbitant d'exiger d'un enfant, à qui on a volé son état, la preuve écrite du crime dont il est victime. Il convient donc, dans la pratique, de concilier la rigueur du droit avec l'intérêt qui naît de cette considération, et de mitiger autant que possible la sévérité de la règle. C'est dans ce but que la loi a permis d'admettre la preuve orale, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, lorsque les présomptions et indices résultant des faits dès lors constants sont assez graves pour l'autoriser. C'est au tribunal investi qu'appartient le droit d'apprécier souverainement la gravité de ces indices et présomptions.

[1] Paris, 10 mars 1810.

[2] Dalloz jeune, *Diction. général*, v° *Filiation*, n°s 182 et suiv.

894. — L'action en suppression ou en substitution de part est personnelle à l'enfant. Celle en supposition peut être intentée par les parents et par les tiers qui y ont intérêt : *De partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res pertineat* [1]. L'économie de nos lois n'a rien qui répugne à cette règle, confirmée par la consécration constante de cette maxime : Que l'intérêt est la mesure de l'action.

895. — La réserve faite en faveur des parents ou des tiers a d'ailleurs une autre signification. Malgré que le fait soit un crime aux yeux de la loi pénale, elle exclut la poursuite d'office de la part du ministère public. Ainsi, en l'absence de réclamation de la part des parties intéressées, la supposition de part, même prouvée, ne saurait devenir la matière d'une poursuite criminelle. Vainement a-t-on fait remarquer que cette doctrine assurait l'impunité du coupable, puisque les parents n'ayant qualité qu'au moment où s'ouvre la succession que l'enfant supposé est appelé à recueillir, l'action publique se trouvait nécessairement éteinte par la mort de l'auteur de la supposition. La Cour de Cassation n'en a pas moins été inébranlable dans un principe clairement écrit dans le droit romain, et qui s'induit forcément du texte de l'article 327.

Au reste, quant aux parents eux-mêmes, ce reproche est loin de pouvoir être appliqué dans toutes les hypothèses. Il suppose en effet que l'auteur de la supposition est celui dont la succession est ouverte, tandis qu'il peut se faire qu'il soit resté étranger à cette supposition, mal-

[1] L. 40, § 1 Dig., *De lege Cornelia de falsis.*

gré qu'elle n'ait été réalisée qu'en vue de sa succession. Il est certain que, dans cette dernière hypothèse, les coupables pourraient être encore atteints par la justice, mais cela se réalisera bien plus facilement par rapport aux tiers. Une personne se marie après avoir donné tous ses biens; désireuse de faire rétracter cette donation, et, n'ayant point d'enfant de son mariage, elle suppose qu'il lui en est né un qu'elle fait inscrire comme sien et poursuit ultérieurement la révocation de la donation. Mais le donataire prouve la supposition. Le jugement qui la consacre permettra au ministère public d'agir dans l'intérêt de la vindicte publique et d'atteindre le coupable.

896. — L'action des parents ou des tiers intéressés est régie, quant à la preuve, par la disposition de l'article 323. Leur demande n'est donc recevable que s'ils rapportent soit la preuve littérale de la supposition, soit un commencement de preuve par écrit. Ils ne peuvent pas se prétendre plus étrangers à la supposition que l'enfant à la suppression ou à la substitution, ils ne sauraient donc trouver mauvais qu'on les soumette à des exigences que l'enfant doit lui-même subir.

897. — La prohibition de toute poursuite d'office, de la part du ministère public, s'applique au cas de suppression ou de substitution, comme à celui de la supposition [1].

* [1] L'art. 327 C. civ. ne mentionne d'une manière expresse que le délit de suppression d'état; mais sa disposition s'applique virtuellement au crime de supposition de part, car on ne peut attribuer un état faux à un enfant qu'en supprimant son état véritable. (*Voy.* art. 34 C. pen.). — Merlin. *Req.* v° *Supposition de part*, § 2, n° 2. — Demolombe, v, 273. — Crim. cass., 20 prair. et 10 messid. an XII. — Crim. rej.

Dans tous les cas, les tribunaux criminels ne peuvent être directement saisis, même par les personnes intéressées, tant que la justice ordinaire n'a point prononcé sur l'existence du fait[1]. Le motif de cette disposition est facile à saisir; en matière criminelle, la preuve testimoniale est de droit commun, et ceux qui n'auraient pu satisfaire aux prescriptions de l'article 323 n'auraient pas manqué de recourir à la juridiction criminelle. Permettre cette voie, c'était donc autoriser la violation de l'article 323, en ce qui concerne le commencement de preuve par écrit; de là, l'attribution exclusive de compétence en faveur des tribunaux ordinaires, consacrée par l'article 327. Toutefois l'incompétence de la justice criminelle n'est que temporaire, elle ne doit donc pas se désinvestir d'une manière absolue, il suffit qu'elle surseoit à statuer jusqu'après la décision des tribunaux civils devant lesquels elle doit renvoyer les parties.

898. — Ajoutons que l'action de l'enfant peut avoir pour résultat de lui donner non seulement une filiation, mais encore la qualité de fils légitime; ainsi, s'il prouve

2 mars 1809 ; 21 août 1812. — Crim cass., 24 juill. 1823 ; 9 juin 1838, Sir. 38, I, 1008.

* [1] La jurisprudence est bien fixée en ce sens que l'auteur d'un délit de suppression d'état, ou de supposition de part, ne peut être poursuivi au criminel, ni par la partie lésée, ni même par le ministère public avant le jugement définitif des tribunaux civils sur la question d'état. — *Voy.* notamment Crim. cass. 9 févr. 1810. — Req. 30 mars 1813. — Crim. rej. 21 juillet 1831, Sir. 32, I, 107, et les arrêts cités dans la note précédente.

La doctrine s'est prononcée assez généralement dans le même sens. — Toullier, II, 903, et IX, 151. — Duranton, III, 165. — Proudhon et Valette, II, p. 93-96. — Demolombe, V, 270. — *Contrà*, Merlin, *Quest. de dr.* v° *Question d'état*, § 2. — Marcadé, sur l'art. 327, n° 2.

qu'il est né d'une femme mariée, la maxime *Pater is est....* lui assigne en même temps pour père le mari; cependant il est loisible à celui-ci, et sans qu'il doive recourir au désaveu, de soutenir qu'il n'est pas le père, et de demander à le prouver. La preuve peut, aux termes de l'article 325, être faite par tous les moyens propres à établir le fait qu'elle a pour objet de justifier.

---

§ Ier.

Fraudes à la dissolution du Mariage.

SOMMAIRE.

899. Fraudes que la dissolution du mariage peut faire naître.
900. Caractère du divertissement et du recélé d'objets mobiliers.
901. Différence entre l'un et l'autre et l'omission de déclaration à l'inventaire.
902. Tentative de l'un ou de l'autre. — Caractère.
903. Dans tous les cas, le juge est appréciateur souverain des faits constitutifs.
904. Effets du recélé ou du divertissement.
905. Effet spécial contre la femme.
906. Peut-on appliquer la peine du recélé, si les effets détournés depuis avaient été portés dans l'inventaire?
907. Autre effet spécial contre la femme.
908. La poursuite de ce double effet appartient exclusivement au mari ou à ses héritiers.

909. La découverte du divertissement ou du recélé donne le droit à la femme ou à ses héritiers de faire rétracter la renonciation qu'ils avaient faite à la communauté.

910. L'époux ayant encouru la peine du recélé perdrait-il le droit qu'il aurait sur les effets recélés comme donataire de son conjoint?

911. Le divertissement ou recélé, qui ne peut être correctionnellement poursuivi contre l'époux peut l'être contre le complice.

899. — La dissolution du mariage, soit par le décès d'un des époux, soit par leur séparation, amène forcément la liquidation de leurs droits respectifs et le partage de la communauté. Alors aussi peut naître chez l'un d'eux la pensée de s'avantager au détriment de l'autre. L'exécution de ce dessein constitue une fraude punissable, c'est à ce titre que la loi s'est occupée du détournement et du recélé des effets de la communauté.

L'un et l'autre constituent un véritable vol faisant, en droit commun, encourir à leur auteur une peine corporelle; mais des considérations puissantes ne permettaient pas qu'il en fût ainsi pour l'époux convaincu. La décence publique, disait le tribun Duveyrier, le souvenir du lien auguste qui vient de se rompre ou la dignité du mariage qui, quelquefois, subsiste encore, ne permettaient pas d'apporter ici ni l'idée, ni le nom, ni la poursuite d'un délit.

Conséquemment, et pour l'un des époux, divertir ou recéler les effets de la communauté, c'est commettre une simple fraude. Quels en sont les caractères constitutifs, qu'elle est la peine qu'on doit lui appliquer? C'est ce que nous allons exposer.

900. — Il y a divertissement des effets communs,

lorsque directement ou indirectement l'époux a dissipé ou consommé une portion quelconque de l'actif de la communauté; il y a recélé, lorsque sciemment on a omis de les faire porter à l'inventaire ou qu'on les a fait disparaître du domicile dans lequel ils devaient se trouver.

Dans l'un et l'autre cas, la condition essentielle c'est l'intention de frauder le conjoint de la part lui revenant. Ainsi le fait matériel ne constitue pas à lui seul la fraude punissable, celle-ci n'existe qu'autant que ce fait est dicté par la mauvaise foi et par une volonté arrêtée de profiter exclusivement des effets détournés et recélés [1]. La preuve de cette double circonstance est donc indispensable pour obtenir la réparation prescrite par la loi.

901. — Toutefois, et au point de vue de la moralité de l'action, il existe une notable différence entre la simple omission à l'inventaire et les autres caractères constitutifs du divertissement ou du recélé. L'époux qui omet peut avoir agi de très bonne foi et même dans l'ignorance la plus complète de l'existence des objets sur lesquels porte l'omission. Mais cette bonne foi et cette ignorance sont plus difficiles à supposer et à admettre chez lui qui a dissipé, consommé ou enlevé les effets qu'on réclame de lui. Des actes de ce genre ne peuvent raisonnablement, alors surtout que leur auteur connaît l'origine des effets, com-

* [1] *Voy.* Req. 1er mai 1868, Sir. 68, I, 343. — Spécialement, les omissions ou inexactitudes se rencontrant dans l'inventaire, ne constituent des recélés ou des divertissements que si elles ont été faites ou commises sciemment et de mauvaise foi (Arg. art. 801 C. civ). — Merlin, *Rép.* v° *Recélé*, n° 3. — Rodière et Pont, II, 1101. — Troplong, III, 1694. — Civ. rej. 24 mars 1847, Sir. 48, I, 21. — Req. 20 mars 1855, Sir. 55, I, 401.

porter d'autre idée que celle d'une fraude au préjudice du conjoint ou de ses héritiers.

Quoi qu'il en soit, l'intention frauduleuse doit être prouvée, seule elle imprime à l'acte le degré de gravité indispensable pour sa répression [1].

C'est ce que la Cour d'Agen jugeait le 6 janvier 1851, en décidant que pour qu'il y ait lieu à déclarer, après la dissolution de la communauté, la veuve commune malgré sa renonciation, il faut que les faits révèlent une intention frauduleuse dans le détournement; que la preuve en soit bien établie; qu'ils soient enfin personnels à la veuve, ou du moins qu'ils renferment les caractères de la complicité criminelle.

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il s'agit dans la cause de rechercher si la dame veuve Muret s'est rendue coupable de détournements ou de soustractions au préjudice de la communauté stipulée dans son contrat de mariage, et, par suite, au préjudice des créanciers de la faillite de son mari;

» Attendu que des faits de ce genre s'élevant à la gravité d'un délit, et devant entraîner des conséquences assorties à cette gravité, il importe de reconnaître en principe que pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine prononcée par l'article 1460 du Code Napoléon, il est nécessaire que les faits allégués révèlent une intention frauduleuse; que la preuve en soit bien établie; que ces faits soient personnels à la veuve Muret, et qu'on ne puisse du moins lui imputer les faits d'autrui qu'autant qu'elle y

[1] Paris, 28 août 1837. — *J. du P.*, t. I, p. 666. — * *Junge* note précédente.

aurait prêté une participation ou une assistance offrant les caractères de la complicité;

» Qu'il faut même décider que, dans le cas où, relativement à certains objets, il existerait quelques motifs de croire à une pensée première de détournement ou de latitation, la peine portée par la loi ne serait pas encourue si ces objets avaient été spontanément remis ou déclarés avant toute poursuite [1] »

902. — De là il résulte que le divertissement ou le recélé perdant le caractère de délit, dans ses conséquences à l'endroit des époux, conserve ce caractère dans ses conditions constitutives. C'est la culpabilité de l'acte et non la matérialité à laquelle il faut s'arrêter. Dès lors on a pu très juridiquement juger que l'époux qui, après la dissolution de la communauté, a fait volontairement des déclarations desquelles il est résulté qu'il présentait comme lui étant propres des biens qui devaient être compris dans la communauté, peut être déclaré coupable de recel [2]; et que la tentative de divertissement, lorsqu'elle n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites et indépendantes de la volonté de son auteur, suffit pour emporter la déchéance [3].

La tentative de détournement ou de recélé est donc punissable comme le fait lui-même, mais à la condition que, persistant dans le projet conçu, l'auteur n'ait vu ce projet échouer que par un fait indépendant de sa volonté. Si l'abandon du projet était volontaire, si même après

[1] D. P., 51, 2, 52.

[2] Bordeaux, 5 janvier 1826, et 18 janvier 1838. — *J. du P.*, 1840, t. II, p. 553.

[3] Bordeaux, 18 janvier 1838, *loco citato*. — Paris, 22 juin 1828.

avoir consommé le détournement, l'époux avait spontanément, et avant toute poursuite, restitué ce qu'il a enlevé ou offert d'en tenir compte à la communauté, la peine prononcé par l'article 1477 deviendrait inapplicable[1], et il en serait à plus forte raison ainsi pour l'héritier qui restituerait librement les objets que son auteur aurait détourné de la communauté[2].

903. — Au reste, pour le divertissement comme pour le recélé, les tribunaux sont les arbitres souverains des faits pouvant les constituer[3]. La culpabilité de l'époux poursuivi est donc laissée à leur consciencieuse appréciation, il suffit d'ailleurs que l'acte reproché ait été commis sciemment, qu'il doive entraîner pour résultat une lésion pour le conjoint, un avantage pour son auteur. C'est ainsi que la Cour de Cassation a vu le recélé prohibé dans la vente simulée faite par le mari d'effets mobiliers de la communauté dans le but de se les approprier[4].

Le divertissement puni par la loi existe malgré que le fait dont il résulte ait été accompli pendant le mariage et avant sa dissolution. Ce principe, admis en doctrine, a

*[1] Le détournement ou la dissimulation d'objets dépendants de la communauté perdent le caractère de recélé ou de divertissement si l'époux qui s'en est rendu coupable les représente ou les déclare spontanément, avant que la fraude soit découverte. — Merlin, *Rép.* v° *Recélé*, n° 3. — Troplong, III, 1695. — Demolombe, XIV, 481. — *Voy.* aussi Req. 10 déc. 1835, Sir. 36, I, 327.

[2] Paris, 5 août 1839. — *J. du P.*, 1839, t. I, p. 485. — Cass., 18 décembre 1835.

[3] Cass., 12 août 1828, et 18 janvier 1834. — * L'appréciation des faits, en ce qui concerne l'intention frauduleuse, rentre dans les attributions souveraines des juges du fond, et échappe à la censure de la Cour de Cassation. — Req. 17 mars 1869 ; Sir. 69, I, 299 ; 5 août 1869, Sir. 69, I, 398.

[4] 5 avril 1832.

été consacré par la jurisprudence. Il ne pouvait en être autrement. C'est surtout durant le mariage que les époux auront la facilité de se livrer à des actes qui leur paraissent une garantie contre l'éventualité d'une dissolution qui déterminera un partage avec les ayants droit.

D'ailleurs, quelle que soit l'intention qui détermine pendant le mariage le détournement d'effets communs, le silence gardé à ce sujet à la dissolution consomme la fraude et constitue le recel que la loi place avec raison sur la même ligne que le détournement.

Donc, l'époque de celui-ci est fort indifférente. Qu'il ait été commis avant ou après la dissolution du mariage[1], l'effet est le même pour l'époux lésé ou ses héritiers, si, persistant dans la voie où il s'est engagé, l'autre époux a, depuis, gardé le silence sur l'existence des effets qu'il s'est ainsi approprié.

Ainsi, dans l'exemple cité par M. Troplong, une femme est assez portée à faire, pendant le mariage, des réserves qu'elle tient secrètes. Mais cette conduite peut n'être que l'effet d'une sage prévoyance, et ces épargnes qu'elle réalise à l'insu du mari, elle en fera jouir le ménage, les jours difficiles arrivant.

La dissolution du mariage va mettre à nu l'intention qui a présidé à ces réserves; et il est évident que si elle continue à les tenir secrètes, si elle ne les restitue pas à la masse des biens communs, la veuve se rend coupable d'une fraude et encourt la peine prononcée par la loi[2].

La Cour de Rennes était donc dans le vrai lorsque, le

* [1] Peu importe que les faits de recélé ou de divertissement aient eu lieu avant ou après la confection de l'inventaire. Rodière et Pont. II, 1101.

[2] Troplong, *Du cont. de mariage*, nos 1683 et suiv.

6 février 1862, elle jugeait que la veuve qui, à l'insu de son mari, a placé sous son nom de fille entre les mains d'un tiers une somme d'argent provenant d'économies faites dans son ménage, se rend coupable de recélé si, au décès de son mari, lors de l'inventaire et du partage, elle garde sur cette créance un silence absolu[1].

Dans cette espèce, la veuve soutenait d'abord que le recélé ne pouvait exister lorsque les détournements avaient eu lieu avant la dissolution du mariage; en second lieu, qu'à la mort de son mari la créance avait disparu puisque pendant la durée du mariage elle avait été obligée de la vendre et l'avait en effet vendue à un tiers, et que le prix avait été affecté aux besoins du ménage.

Le premier moyen ne pouvait être accueilli. Comme nous venons de le dire, ce qui constitue le recélé punissable c'est non seulement le détournement qui le prépare, mais encore, mais surtout le silence gardé au moment de l'inventaire et du partage qui le consomme. Que serait en effet le préjudice qui résulterait du premier si le second ne se réalisait pas? C'est donc celui-ci qui est en réalité le fait nuisible, et il sera toujours postérieur à la dissolution.

Le second moyen aurait pu et dû être pris en considération, mais à la condition qu'il serait prouvé et acquis que le prix de la cession avait été appliqué aux besoins du ménage et lui avait réellement profité.

Or loin de l'admettre ainsi, la Cour de Rennes examinant les circonstances de la cause et la position des parties, en induisait que tout excluait l'idée de cette application; et que rien ne tendait à rendre vraisemblable que

[1] D. P., 63, 2, 61.

les sommes que la femme avait reçues du cessionnaire à l'insu de son mari n'eussent pas été employées par elle seule et à son profit personnel, et ne fussent pas en sa possession au moment du décès de son mari.

Rien ne pouvait donc excuser le silence qu'on reprochait à la veuve, et qui devait en droit entraîner forcément les conséquences consacrées par la Cour de Rennes.

Lorsque le fait antérieur à la dissolution du mariage, et dont on veut faire résulter le recélé, est reproché au mari, il y a plus de difficultés. Le mari en effet est le chef de la communauté, et il peut dans de certaines limites disposer des effets qui en constituent l'actif; les vendre, aliéner, et même les donner dans certains cas.

Il faut donc avant tout examiner si l'acte qu'on lui reproche constitue un acte de disposition n'excédant pas les pouvoirs dont il est revêtu ou même l'exercice abusif de ces pouvoirs; et on ne peut le déclarer coupable de recélé que s'il est établi que cet acte avait pour objet de dépouiller frauduleusement la communauté des valeurs qui en dépendent.

Les ventes simulées peuvent-elles offrir ce dernier caractère et, par conséquent, faire encourir au mari la peine du recélé?

La Cour de Paris s'était prononcée pour l'affirmative, le 14 janvier 1831. Devant la Cour de Cassation, et à l'appui du pourvoi dont cet arrêt avait été frappé, on disait : la peine prononcée par l'article 1477 ne peut s'entendre que du cas où l'un des époux aurait voulu cacher l'existence de certains objets dépendant de la communauté, au cas où il existerait une soustraction occulte et un véritable délit; au cas enfin où l'époux se serait rendu coupa-

ble d'un vol; or il est impossible de voir ces caractères dans une *disposition patente* que son auteur a faite aux yeux de tous, dans des ventes que, dans l'espèce, le sieur Germond s'était empressé de faire connaître à l'époque de l'inventaire; sur lesquelles il a par conséquent répandu la plus grande publicité et provoqué l'attention et les critiques des intéressés. Si de semblables ventes paraissent simulées, les tribunaux doivent sans doute les annuler, mais ces ventes frauduleuses constituent seulement un abus de pouvoir de la part du mari, et cet abus de pouvoir ne peut évidemment être assimilé à la soustraction manuelle qu'un époux ferait de certains objets de la communauté. A l'appui du sens prêté aux mots *divertissement*, *recel*, on invoquait les définitions qu'en donnent dans leur *Traité de la communauté*, Lebrun, p. 463, n° 18, et Pothier, n° 688. D'après ces auteurs, le divertissement ou le recel n'existerait que lorsqu'un des époux a cherché à dérober aux héritiers du prédécédé la connaissance de quelques effets corporels ou de quelques titres de la communauté; on ajoutait que le Code Napoléon l'avait ainsi entendu, ce que l'on induisait des articles 792, 801 et 1460 où les mots *divertissement et recel* se trouvent employés comme dans l'article 1477.

Toutes ces considérations vinrent échouer devant la constatation en fait de l'intention qui avait présidé aux ventes. En effet la Cour suprême, par arrêt du 5 avril 1832, rejette le pourvoi : Attendu que la Cour de Paris ne se borne pas à déclarer que les ventes des deux actions du journal *Le Constitutionnel* étaient simulées; qu'elle ajoute que par ces ventes Germond *a voulu s'approprier des effets de la communauté, sur lesquels il n'avait qu'un droit proportionnel, en simulant des ventes au préjudice*

de sa petite-fille et du sieur Garat; que dès lors elle n'a vu et n'a pu voir dans ces ventes des actes d'administration, mais des aliénations qui, hors de l'intérêt de la communauté, tendaient à la dépouiller[1].

Un arrêt de la Cour de Paris, du 7 août 1858, déclare coupable de recélé le mari qui, ayant acheté et payé des immeubles pendant que la communauté existait, tente de les détourner à son profit en donnant aux paiements une date postérieure à sa dissolution; qu'en conséquence il doit être privé de toute participation à la propriété des immeubles qui doivent être exclusivement attribués aux héritiers de la femme[2].

Ce qui est vrai dans l'hypothèse d'une postdate dans le paiement d'immeubles achetés pendant la durée du mariage, pourrait être admis dans le cas de détournement du prix d'une vente d'immeubles de la communauté opérée avant la dissolution de celle-ci.

Ainsi la Cour de Paris avait déclaré qu'en cas de vente d'immeubles de la communauté, faite par le mari à l'un de ses enfants, à une époque voisine du décès de sa femme, et moyennant un prix qui n'a pas été retrouvé après ce décès, sans qu'il soit justifié d'aucune perte ni emploi quelconque, la disparition de cette somme a dû être considérée comme constituant, de la part du mari et de son enfant, un recel ou détournement au préjudice de la communauté, et donner lieu contre eux à l'application des articles 792 et 1477 du Code Napoléon.

Cette espèce offre cette particularité que, devant le tribunal et devant la Cour, les adversaires du mari et de

[1] D. P., 32, 1, 160.
[2] D. P., 58, 2, 188.

l'enfant concluaient au principal à la nullité de la vente comme constituant une donation déguisée ; ce n'était que subsidiairement qu'ils soutenaient que le prix en avait été détourné à leur préjudice.

Comme de raison, le mari et l'enfant soutenaient que la vente était sincère et sérieuse, et c'est ce que décident successivement le tribunal et la Cour.

Mais déclarés coupables de recel, le mari et l'enfant se pourvoient en cassation, contrairement à ce qu'ils avaient fait jusque là, que ce que la Cour de Paris avait qualifié de détournement du prix, n'était qu'une donation déguisée simplement réductible.

Le pourvoi avait été admis par la chambre des requêtes. Mais par arrêt du 27 novembre 1861, la chambre civile le rejette sur les conclusions conformes de M. de Raynal :

« Attendu que la Cour dans l'arrêt attaqué a d'abord reconnu, par l'appréciation des faits de la cause, que la vente de l'immeuble dont il s'agit, faite à Billiotte fils par ses père et mère le 14 septembre 1857, ne présente par les caractères d'une donation déguisée, et qu'elle devait être considérée comme sérieuse et licite, en tant qu'elle avait pour objet d'assurer à Billiotte fils la transmission, moyennant un juste prix d'un conquet de leur communauté ; qu'elle a ensuite établi que les sommes de 10,000 fr. et de 21,000 fr. prix de cette vente, non plus qu'une somme de 325 fr. payée par Billiotte fils à Billiotte père pour loyer, la veille de la mort de sa mère, ne se sont pas retrouvées après ce décès ; que dans cet état des faits, la Eour de Paris a considéré la disparition de ces sommes comme tendant à établir un divertissement concerté entre Billiotte père et Billiotte fils..... que de la combinaison de ces faits dont il lui appartenait de rechercher et d'ad-

mettre la preuve, la Cour impériale de Paris a pu tirer la conséquence que les sommes dont il s'agit avaient été diverties au préjudice de la communauté et de la succession, et par suite appliquer à ce divertissement les dispositions des articles 792 et 1477 du Code Napoléon [1]. »

En réalité donc l'existence du recélé puni par la loi est laissée à l'arbitrage souverain des deux degrés de juridiction. Seulement les magistrats ne doivent pas oublier combien sa qualité donne au mari de facilités pour frauder soit la femme, soit ses héritiers. Ils doivent donc apporter dans cette appréciation une certaine sévérité, et veiller ainsi à l'intérêt qui n'a pu utilement se défendre et se protéger lui-même [2].

904. — Les effets du divertissement ou du recélé des biens communs sont réglés par les articles 1460 et 1477 du Code civil. La femme, comme le mari, perd la portion qui lui serait obvenue dans les effets divertis et recélés. Ces effets, restitués à la communauté, n'entrent plus en partage, quelque considérables qu'ils soient, ils sont intégralement dévolus à celui des époux auquel on a voulu les soustraire. Ainsi, dit M. Dalloz, l'époux coupable ne partagera pas la valeur des effets contenus dans un riche portefeuille qu'il aurait recélé, et même les ac-

[1] D. P., 62, 1, 74.

* [2] Selon la doctrine et la jurisprudence, on doit considérer comme ayant commis un recélé ou un divertissement, le mari qui, soit avant, soit après la dissolution de la communauté, a supprimé les titres d'acquisition ou passé des ventes, simulées de conquêtes de communauté. Rodière et Pont, II, 1101. — Troplong, III, 1689. — Demolombe, XIV, 484. — Req. 5 avril 1832, Sir. 32, I, 526 ; 10 déc. 1835, Sir. 36, I, 327. — Civ. rej. 27 nov. 1861, Sir. 62, I, 489.

quets dont il aurait voulu dérober la connaissance en soustrayant les titres. C'est, on le voit, la peine du talion dans toute son énergie.

905. — La peine de l'article 1477 s'applique au mari et à la femme indifféremment. En ce qui concerne celle-ci, le détournement produit d'autres effets non moins importants; ainsi, aux termes de l'article 1460, elle doit être déclarée commune nonobstant sa renonciation.

La femme perd donc par le recélé l'option qui lui est laissée d'accepter ou de renoncer à la communauté. En recélant, elle a fait acte d'immixtion qui fixe désormais sa position et la rend déchue de la faculté de renoncer. Il résulterait de là cette conséquence que le recélé prévu par l'article 1460 est celui qui se réalise avant la renonciation.

Donc, si la femme avait d'abord renoncé et qu'elle se fût plus tard emparée de quelques effets de la communauté, on ne pourrait la faire déclarer commune. Cette doctrine puisée dans le droit romain avait été consacrée par notre ancienne jurisprudence. Nous pensons avec Toullier [1] qu'on doit la suivre encore. En effet, après la renonciation de la femme, il n'y a plus de communauté, l'actif porté à l'inventaire est devenu le patrimoine du mari ou de ses héritiers. Les soustractions dont cet actif est l'objet constituent donc des vols contre le mari, contre ses héritiers, dont la réparation ne pouvait être poursuivie, en droit romain, que par l'action *rerum amotarum;* qui donneraient aujourd'hui ouverture à une poursuite criminelle, si les considérations que nous avons

[1] T. XIII, nos 216, 219.

rappelées, si l'article 380 du Code pénal permettaient autre chose qu'une action civile en dommages-intérêts.

906. — L'époux encourrait-il la peine du recélé, si les effets détournés avaient été compris dans l'inventaire? L'affirmative enseignée par Toullier ne nous paraît pas admissible. Evidemment, ce que la loi a voulu prévenir et réprimer ce sont les soustractions réalisées à l'insu des intéressés, et qui rencontrent dans cette ignorance même des chances de réussite. Or les effets inventoriés sont par cela même connus de tous, de telle sorte que chacun se trouve en position d'en demander compte. La disposition que fait l'un des copartageants, de quelques-uns de ces effets, est donc plutôt une attribution anticipée qu'une véritable soustraction. Les cohéritiers ont d'ailleurs le moyen de prévenir tout préjudice soit en les faisant rapporter à la masse, soit en les imputant sur la portion de celui qui s'en est emparé, et cette faculté, faisant disparaître toute possibilité d'un dommage quelconque, enlève à la fraude son caractère essentiel. En effet, il n'y a fraude que s'il y a un préjudice; on ne saurait dès lors appliquer ni l'article 1560, ni l'article 1477 [1].

907. — Indépendamment de la faculté de renoncer, le recélé fait perdre à la femme le bénéfice que lui confère l'article 1483 de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. En effet, une des conditions essentielles de ce privilége, c'est qu'il ait été rédigé un bon et fidèle inventaire. L'existence avérée d'un détournement ou d'un recélé est exclusif de toute idée d'accom-

[1] Paris, 5 nivôse an XIII.

plissement de cette condition. La perte du privilège est donc la juste conséquence de cet état des choses.

Ainsi, pour les époux indifféremment, avoir diverti ou recélé les effets de la communauté, c'est avoir perdu tout droit au partage de ces effets. Cette conséquence est absolue. L'offre que l'époux poursuivi ferait de tenir compte à la communauté de la valeur de ces effets, ou même de les restituer en nature, ne pourrait suspendre ni empêcher l'effet de la peine qu'il a encourue [1].

908. — Pour la femme spécialement, le recélé a pour résultat de la priver du droit de renoncer, de la faire déclarer commune, et de plus tenue *ultra vires* des dettes de la communauté. Mais cette peine est toute dans l'intérêt soit du mari ou de ses héritiers, soit des créanciers; dès lors la faculté de la faire prononcer leur appartient exclusivement; ils peuvent se borner à poursuivre la restitution des effets détournés ou de leur valeur, le mari ou ses héritiers surtout pouvant être intéressés au maintien de la renonciation réalisée après le recélé.

909. — De leur côté, la femme ou ses héritiers qui, trompés sur la consistance de l'actif, auraient renoncé à la communauté, peuvent, après la découverte des soustractions opérées par le mari, se faire relever de leur renonciation. La renonciation n'aurait été, dans ce cas, que le résultat de l'erreur; et cette erreur n'étant imputable qu'à la fraude du mari, le consentement donné par la femme ou par ses héritiers se trouverait vicié dans son essence et insuffisant pour créer un lien obligatoire quel-

[1] Colmar, 6 avril 1813. — Sirey, 15, II, 66.

conque. On ne pourrait le décider autrement sans admettre que le mari pût se faire un titre de sa propre turpitude.

D'ailleurs la fraude, comme le dol, fait exception à tous les principes; la renonciation, qu'elle aurait seule déterminée, ne saurait être valable. Il y a entre elle et l'acceptation dont parle l'article 783 du Code civil une analogie frappante, on devrait donc appliquer à l'une la règle tracée pour l'autre.

910. — Une question controversée en jurisprudence est celle de savoir si l'époux survivant qui a frauduleusement détourné des effets dépendant de la communauté est privé non seulement de la part qui lui appartiendrait dans ces effets, en sa qualité de commun en biens, mais encore de celle à laquelle il aurait droit comme donataire de son conjoint, soit par institution contractuelle, soit par donation entre vifs ou par testament?

Sous l'empire de notre ancien droit, la jurisprudence avait consacré l'affirmative. Toullier cite notamment un arrêt du 15 mai 1656, jugeant: que, quand le survivant, qui a commis le recélé ou le détournement, est donataire en usufruit de la part du prédécédé, il doit être privé de cet usufruit dans les choses recelées. Toullier ajoute que cet arrêt est conforme au principe. En effet, le droit romain assimilait le légataire à l'héritier et le privait de tous droits aux choses recélées [1].

Doit-il en être de même depuis la promulgation du Code civil? La raison de douter se tire de ces termes de l'article 1477 : *Est privé* **de sa portion** *dans lesdits*

[1] L. 48, Dig. *Ad sen. cons. Trebellianum.*

effets. D'où l'on tire la conséquence que la disposition générale ne porte que sur la portion afférente à celui qui a commis le recélé; que, par cela même, on ne peut l'étendre au droit donné ou légué sur la portion du prédécédé; que ce droit, résultant non de la loi mais de la volonté du donateur ou testateur, n'est subordonné à aucune condition; qu'il est dès lors indépendant du fait du recélé à l'égard duquel on ne peut qu'appliquer limitativement, et non étendre la peine prononcée par la loi.

Il est facile de répondre à ces considérations. L'époux commun en biens, qui se trouve en même temps donataire ou légataire d'une quote-part de l'hérédité, ne peut isoler ces deux qualités dans les fraudes qu'il lui plaît de tenter. Lors donc qu'il recèle, il le fait : comme époux, contre la communauté; comme donataire ou légataire, contre la succession. Il est évident, en effet, qu'en diminuant l'actif de la communauté, il amoindrit la succession. On ne fait donc qu'un acte d'équité et de justice en lui appliquant : comme époux, l'article 1477; comme légataire ou donataire, l'article 792.

Il est vrai que celui-ci ne parle que des héritiers, mais ce terme comprend évidemment le mari donataire ou légataire d'une quote-part, comme tout autre légataire universel ou à titre universel. Qu'on ne voie pas un héritier dans le légataire d'un corps certain ou d'une somme déterminée, cela se comprend ; mais le légataire, dont la part se règle sur la consistance de l'actif de la succession, est un véritable héritier, il en a les obligations comme les droits.

Cela est surtout vrai à l'égard du conjoint survivant. L'esprit de l'article 792 le démontre d'une manière victorieuse. Cet article ne parle que des héritiers, parce que

ceux-ci, ayant en général le maniement de l'hérédité, sont par leur position à même de vouloir en dérober une part quelconque et en position de faire réussir la fraude. Cette position n'est-elle pas celle de l'époux survivant? n'est-il pas à la tête de la communauté au moment de la dissolution du mariage? ne l'administrera-t-il pas au moins un moment? Il est dès lors évident que les fraudes exécutées par lui contre ses cohéritiers doivent avoir les mêmes conséquences que celles dont ceux-ci pourraient se rendre coupables à son encontre.

D'ailleurs le recélé tenté dans ces circonstances ne manque pas d'affecter les ayants droit, soit comme communistes, soit comme cohéritiers. Le préjudice les atteignant de ces deux côtés, il est juste que la réparation leur soit accordée à ce double titre. Si c'est là de la sévérité, il faut avouer qu'elle est très bien placée, puisque l'époux qui voudra s'y soustraire n'aura qu'à rester fidèle aux lois de la probité et de la délicatesse.

Il faut se garder d'encourager les recélés qu'on a tant de facilité à commettre. Or, la punition ne serait pas suffisante pour les prévenir, si le coupable pouvait, à un titre quelconque, participer comme propriétaire ou usufruitier aux choses qu'il a voulu soustraire. C'est dans ce sens que paraît devoir se fixer la jurisprudence [1].

[1] *Pour :* Cass., 5 avril 1831 ; 16 janvier 1834 ; 10 décembre 1855. — Paris, 25 juin 1828. — Bordeaux, 18 janvier 1838. — Bourges, 10 février 1840. — Riom, 6 août 1840. — *J. du P.*, 1840, t. II, p. 553 et 612; 1841, t. I, p. 303. — Paris, 7 août 1858; 26 mars 1862. — D. P., 58, 2, 188; 62, 2, 198. — *Contre :* Colmar, 29 mai 1823. — Poitiers, 30 novembre 1830.

**N.B.* — La doctrine et la jurisprudence décident assez généralement que la pénalité prononcée par l'art. 1477 doit être aussi étendue, aussi complète, que celle qui est édictée par l'art. 792 en matière de succes-

911. — Le détournement commis par l'époux ne pouvant constituer un délit, il en résulte qu'on ne saurait en poursuivre la répression devant la juridiction correctionnelle ou criminelle. Le juge civil est seul compétent pour l'apprécier et pour prononcer soit sur la restitution, soit sur les dommages-intérêts. Il en résulte encore que l'allocation de ces dommages-intérêts ne saurait entraîner la contrainte par corps.

Mais il n'en est pas de même pour les complices. Celui qui aurait assisté l'époux dans les détournements, ou recélé les effets soustraits, serait passible de la peine du vol. Il pourrait donc être criminellement poursuivi et condamné non seulement aux dommages-intérêts, mais encore à une peine corporelle, sauf cependant les exceptions prévues par l'article 380 du Code pénal.

SECTION II

FRAUDE DANS LES PARTAGES

SOMMAIRE.

912. L'égalité entre les copartageants est la règle absolue de tout partage. — Nature des atteintes que cette règle peut recevoir.

sion.—*Voy.* Toullier, XIII, 214.—Rodière et Pont, II, 1102.—Troplong, III, 1692. Demolombe, XIV, 499.—Req. 5 avril 1832, Sir. 32, I, 526 ; 4 déc. 1844, Sir. 45, I, 191 ; 13 mai 1867, Sir. 67, I, 207.

Cette pénalité civile doit être appliquée à toute personne, même mineure, qui a agi avec discernement (Arg. art. 1310). *Voy.* Rodière et Pont, II, 1104. — Troplong, III, 1696.

913. La lésion accidentelle n'est une cause de rescision que si elle est du quart.
914. Caractère de cette exigence de la loi.
915. Elle reçoit exception lorsque la lésion est le résultat de la fraude.
916. Ou lorsque la lésion coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible.
917. L'action en lésion se prescrit par dix ans.
918. Point de départ de cette prescription pour les partages ordinaires.
919. Il ne commence à courir, dans le partage de présuccession, que du jour du décès de l'ascendant.
920. Système contraire.
921. Système conforme.
922. Appréciation.
923. Arrêt remarquable de la Cour d'Aix.
924. Arrêt conforme de la Cour de Cassation.
925. Effets du divertissement d'objets mobiliers par les copartageants.
926. Position du recéleur dans le partage de ces objets.
927. Le divertissement ou le recélé exclut la bonne foi. — Son caractère.
928. L'absence d'une de ces conditions fait disparaître la fraude et ses conséquences.
929. Tempérament à apporter à cette règle.
930. Dans quels cas la détention d'effets portés à l'inventaire pourrait-elle constituer le recélé punissable.
931. L'indication spontanée d'une valeur de la succession par l'héritier qui la détient n'est pas le recélé, à moins que cette indication n'ait pas été faite en temps utile.
932. Le recélé exercé du vivant de l'auteur est atteint comme celui qui se serait réalisé après sa mort.
933. L'exagération du passif constitue un recélé punissable.
934. Peine contre le recélé, peut être autre que la privation d'une part quelconque sur les effets recélés.
935. Renvoi pour les effets du recélé par rapport aux tiers.
936. *Quid*, si l'héritier qui a recélé est encore mineur ?

912. — Nous venons de voir que la communauté entre époux était de nature à inspirer, au moment de la dissolution du mariage, des fraudes sur lesquelles le législateur a dû veiller. Ce qui est à redouter dans cette circonstance peut également se réaliser dans tous les cas où une communion d'intérêt amène la nécessité d'une liquidation et d'un partage; et, par exemple, dans une succession.

La condition essentielle de tout partage est l'égalité la plus absolue entre les divers intéressés, chacun d'eux doit recevoir l'intégralité de ce qui lui revient. Toute atteinte à cette règle d'équité et de justice, devenant un préjudice pour l'un, un avantage illicite pour l'autre, constitue en résultat une fraude manifeste, si elle n'est déterminée par l'erreur commune.

Cette atteinte peut être occasionnée par des causes différentes. Elle se produit par une composition vicieuse des lots, ou par une fausse estimation des objets à partager; par la dissimulation d'une part plus ou moins importante de l'actif ou par l'exagération du chiffre du passif. L'existence des premières donne ouverture à l'action en lésion, celle des secondes à l'action en recélé.

913. — La lésion purement accidentelle n'est, aux termes de l'article 887 du Code civil, une cause de rescision du partage que si le préjudice en résultant équivaut au quart de ce que le copartageant devait recevoir. Conséquemment la partie poursuivante ne peut réussir dans sa demande en annulation que s'il justifie qu'il n'a reçu que les trois quarts de ce qui lui revenait. Cette justification faite, le partage est annulé; mais la jurisprudence a admis qu'on peut dans ce cas se borner à condamner les dé-

fenseurs à compléter la part du demandeur et à faire ainsi disparaître le préjudice souffert par celui-ci.

914. — L'exigence de la loi, quant à l'importance de la lésion, pourrait paraître extraordinaire. En effet, quelle que soit la lésion, l'égalité n'est pas moins blessée dès que l'un a reçu plus et l'autre moins. Il semblerait donc que la plainte devrait par cela seul être permise.

Mais des considérations puissantes justifient la doctrine consacrée par la loi. L'intérêt public exige pour le droit de propriété la plus grande stabilité. Permettre de revenir sans cesse, et pour la moindre lésion, contre un acte de partage, c'était méconnaître ce grand principe, c'était placer la propriété sous le coup d'une menace perpétuelle et en gêner la disposition pendant la durée du temps nécessaire à la prescription de l'action; c'était enfin compromettre les droits que des tiers avaient légalement acquis sur la foi d'un acte régulier et authentique, tout cela d'ailleurs en faveur d'un intérêt privé coupable au moins d'une évidente négligence.

En effet, chaque copartageant est tenu, avant de procéder au partage, de s'assurer de la valeur réelle des objets à partager, et de veiller ainsi à l'égalité des lots. Celui qui a mis de la négligence à remplir ce devoir a commis une faute dont on pouvait justement lui laisser la responsabilité et lui imposer les conséquences.

Ces divers motifs avaient même paru suffisants pour faire repousser l'action en rescision, alors même que la lésion aurait dépassé le quart. Le copartageant, disait-on au Conseil d'Etat, doit être assimilé au vendeur. On ne doit lui accorder la faculté de revenir que dans le cas où cette faculté est reconnue à celui-ci, c'est-à-dire lorsque la lésion est de sept douzièmes.

Mais cette opinion fut repoussée parce que, disait le rapporteur du Tribunal, l'égalité qui doit être observée dans les partages exige que la rescision soit admise pour cause de lésion, et même pour une lésion moindre que celle qui est nécessaire en ventes ordinaires. Dans ces ventes, il se fait une espèce de négoce, de trafic, n'exigeant pas une égalité aussi rigoureuse que dans les partages où rien n'est à commercer, ni à négocier.

La limite posée par l'article 887 fut donc adoptée, mais comme une faveur et à titre d'indulgence pour le copartageant. On le relève ainsi de sa trop aveugle confiance dans une limite ne pouvant dès lors être accusée de sévérité. Il importait de signaler ce caractère de l'article 887 du Code civil, les tribunaux peuvent y trouver une règle de nature à les diriger dans l'application qu'ils seront appelés à en faire.

915. — Cette règle à suive lorsque la lésion résulte d'une erreur commune reçoit exception en cas de fraude. Nous l'avons déjà dit, la fraude fait et a dû faire une exception à tous les principes : conséquemment si le préjudice dont le copartageant se plaint a pour unique cause la fraude; s'il n'est dû qu'à la déloyauté, il devra être réparé, alors même que son importance n'atteindrait pas au quart de la portion lui revenant; à plus forte raison en serait-il ainsi si l'emploi de manœuvres frauduleuses venait donner à l'acte dont on se plaint le caractère du dol.

916. — Une seconde exception à l'article 887 doit-être admise dans le cas où l'existence du préjudice coïncide avec le prélèvement de la quotité disponible. Dans ce cas, en effet, la lésion entamerait la réserve légale, et l'on sait

qu'un pareil résultat est sévèrement proscrit. Cette réserve doit, dans tous les cas, arriver intacte entre les mains des ayants droit. Il y aurait donc lieu dans ce cas : soit d'ordonner un nouveau partage, soit d'accorder un supplément pour faire disparaître la lésion quelle qu'elle fût.

917. — Aucune loi spéciale ne réglant la durée de l'action en rescision du partage, il y a lieu de recourir au principe général de l'article 1304 du Code civil. En conséquence le droit de l'intenter se prescrit par dix ans.

918. — Le point de départ de ces dix années ne saurait faire la matière d'un doute pour les partages ordinaires. C'est du jour de l'acte que la prescription commence de courir. Néanmoins, si la lésion est le produit du dol et de la fraude, le délai de cette prescription ne date que du jour de la découverte de l'un ou de l'autre.

919. — Il n'en est pas ainsi pour les partages de présuccession faits par l'ascendant. Une grave controverse s'est établie sur le point de savoir si le délai devait être compté du jour de l'acte, ou seulement de celui du décès de l'ascendant, auteur du partage.

920. — A l'appui de la première opinion on a dit : Sous l'empire des lois anciennes, les actes de partage effectués par les ascendants n'étaient jamais que des actes d'une nature mixte, participant à la fois et presque au même degré du testament et de la donation; ils ne se trouvaient régis par aucune disposition qui fixât leurs formes et précisât leurs effets. Dans la doctrine, comme dans la

jurisprudence, il ne régnait que controverse et incertitude sur le caractère de ces actes.

Le Législateur moderne, enseigné par l'expérience, n'eut garde de négliger une matière si importante, L'article 1076 porte : Les partages pourront être faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments. Les partages faits par des actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. Ainsi, aujourd'hui, l'acte par lequel un ascendant procède à un partage entre vifs est soumis à toutes les conditions et règles prescrites pour les donations.

Or, la donation est un contrat, une convention, et à ce titre elle tombe inévitablement sous le coup de l'article 1304 du Code civil, qui limite à dix ans, à partir du jour de l'acte, la durée de l'action en rescision. La conséquence est donc qu'un partage entre vifs, effectué par un ascendant, ne saurait être attaqué pour cause de lésion que dans les dix ans du jour de son acceptation.

Cette conclusion, tirée des principes généraux, se trouve confirmée par les dispositions spéciales à la matière. Les articles 1075, 1076 et 1079 du Code civil gardent le silence le plus absolu sur l'exception qu'on prétend introduire, et qui consisterait à ne faire courir le délai de dix ans qu'à compter du décès de l'ascendant. Cependant une telle exception aurait besoin d'une consécration d'autant plus expresse, qu'elle toucherait à la fois à la stabilité des propriétés et aux principes qui protègent, après un laps de dix ans sans réclamations, les droits acquis en vertu des contrats.

Mais ce n'est pas par son silence seulement, c'est aussi par ses termes que la loi résiste à l'idée qu'il ait jamais

été dans l'intention du législateur de ne faire courir le délai de dix ans qu'à compter du décès de l'ascendant, et non du jour du partage dont il est l'auteur.

De toutes les difficultés communes aux partages après décès, et aux partages anticipés, il n'en est pas une qui, déjà prévue au chapitre VI du titre *Des successions*, ait été on ne dira pas de nouveau et spécialement réglée, mais simplement rappelée dans le chapitre VII du titre *Des donations et testaments*. Ne faut-il pas en conclure que les règles du partage après décès ont été manifestement, dans la pensée du législateur, le complément nécessaire de celles, d'ailleurs fort insuffisantes, qu'il a tracées au chapitre *Des partages d'ascendants*, qui ne renferme en tout que six articles.

Cette vérité semble ressortir de l'article 1079 du Code civil, ainsi conçu : le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus d'un quart.

On voit que le législateur, après avoir exprimé que l'action en rescision sera admise, n'ajoute rien pour en fixer la durée. N'est-ce pas dire qu'il entend s'en référer à la règle générale, qui ne permet de l'exercer que dans les dix ans du partage ? Ce langage devient positif si, du texte, on rapproche les motifs qu'en a donné l'orateur du Gouvernement. Des explications de M. Bigot de Préameneu, il résulte, en effet, qu'en réservant aux ascendants la faculté de présider à la répartition de leurs biens, le législateur s'est proposé, d'abord, d'assurer au père le pouvoir de régler le sort de la famille, en fixant à jamais les droits de ses enfants, et ensuite d'apporter un remède aux graves inconvénients qui naissaient, dans l'ancienne législation, de la résolution des droits attribués par les partages anticipés. Cette double intention resterait sans effet dans le système contraire.

Cette doctrine, développée dans une consultation de M. Dalloz aîné, consacrée par plusieurs Cours, a été sanctionnée par la Cour de Cassation [1].

921. — Le système contraire, que plusieurs Cours ont adopté, se fonde sur les considérations suivantes : Bien qu'il résulte implicitement de l'article 1304 du Code civil que la prescription de toute action rescisoire commence du jour de l'acte attaqué, on ne peut toutefois raisonnablement supposer que le législateur ait entendu soustraire cette nature d'action aux règles régissant la prescription en général. Il est de principe que la prescription ne peut commencer de courir que du jour où celui qui veut attaquer un acte est complètement fixé sur l'étendue des droits que cet acte lui confère ; que s'il résulte, soit de l'acte lui-même, soit des dispositions de la loi, que ces droits ne seront entièrement déterminés que par un événement postérieur à l'acte, il est évident que ce n'est qu'à la survenance de cet événement que l'action en rescision peut être exercée, puisque jusqu'alors le droit, à raison duquel peut naître l'action, reste indéterminé. Il suit de là que si la part héréditaire de l'enfant ou descendant qui a concouru à un partage anticipé ne peut être connue définitivement qu'à l'époque du décès de l'ascendant auteur du partage, ce ne sera également qu'à cette époque qu'il faudra se pourvoir contre le partage, puisqu'alors seulement il connaîtra s'il est ou non lésé.

Les enfants ou descendants ne sont aptes soit à attaquer les dispositions prises par leur auteur, soit à revenir sur les partages faits par lui, que dans les cas déter-

[1] 13 juillet 1836 : 4 février 1844 : — D. P., 36, 1, 297 ; 45, 1, 49.

minés par la loi. Ils ne peuvent notamment réclamer une part héréditaire plus forte que celle qui leur a été attribuée, que lorsque celle-ci est inférieure à leur réserve légale.

Or, la succession d'un individu ne s'ouvre que par sa mort naturelle ou civile. Cette succession se compose de l'universalité des biens, soit qu'il en possède encore au jour de son décès, soit qu'il en ait pendant sa vie disposé à titre gratuit. C'est par la liquidation de cette universalité que s'établira nettement la réserve légale afférente à chacun des enfants ou descendants. Dès lors, et jusqu'à cette liquidation, il ne peut exister de lésion et conséquemment d'action en réparation.

Les articles 1085 et suivants ne dérogent en rien à ces principes. Ils confèrent bien à l'ascendant la faculté de faire lui-même le partage entre ses descendants; partage que ceux-ci pourront attaquer s'il y a lésion ou insuffisance dans l'attribution faite à chacun d'eux. Ils admettent que les biens non partagés, que l'ascendant délaissera à son décès, seront divisés aux formes de droit. Mais ils n'établissent ni expressément, ni tacitement que, pour évaluer la quotité disponible et la lésion, il ne faut avoir égard qu'aux seuls biens ayant fait la matière du partage et nullement à ceux existant encore dans la succession. De ce silence du législateur, il faut conclure qu'il n'a voulu porter aucune atteinte aux principes d'après lesquels il prescrit qu'il sera procédé à cette évaluation aux titres *Des successions et donations.*

Il résulterait du système contraire qu'il y aurait, pour les biens délaissés par le même individu, deux successions distinctes et entièrement indépendantes l'une de l'autre : la première, réglée de son vivant, l'effet du partage anti-

cipé; la seconde, à règler après son décès; il existerait donc deux réserves légales, deux quotités disponibles, conséquence bizarre et cependant forcée, à laquelle on ne peut raisonnablement supposer que le législateur ait voulu arriver[1].

Ainsi, il ne peut y avoir lésion appréciable qu'après le décès de l'ascendant et au moment où il sera procédé à la constitution générale et définitive de la masse active de la succession. Jusque-là, il ne saurait en exister réellement aucune, puisque l'inégalité offerte par le partage anticipé pourra disparaître par une attribution spéciale sur les biens encore libres. Ce ne serait donc que dans l'hypothèse où il n'en existerait aucun de ce genre au décès de l'ascendant, que toute affectation supplémentaire devenant impossible, naît la certitude d'une lésion et que s'ouvre conséquemment l'action en rescision. Dès ce moment aussi, l'action devenant recevable, le délai de la prescription, suspendu jusque-là, commence de courir.

922. — Cette doctrine nous paraît plus équitable, plus conforme aux véritables principes. Aux considérations décisives qui précèdent, on peut en joindre d'autres qui ne sont ni moins puissantes, ni moins juridiques. Ainsi, et en première ligne, l'exercice de l'action en lésion suppose chez celui qui s'y livre le droit de contraindre à un nouveau partage plus équitable.

Le descendant n'a pas ce droit. Il est pendant toute la vie de son auteur sans qualité, car cette qualité est une conséquence du droit de copropriété sur la masse des

[1] Nîmes, 17 mars 1841. — *J. du P.*, 1841, tom. II, p. 52.

biens à partager, droit qui ne saurait exister tant que la succession n'est pas effectivement ouverte.

Dans l'opinion que nous combattons, on veut faire résulter l'acquisition de ce droit en faveur du descendant, de la nature même de l'acte; et c'est ainsi qu'on soutient que le partage anticipé participe du contrat et de la donation.

Cette qualification est une hérésie en droit; elle intervertit la nature et le caractère du contrat; elle en méconnaît la portée véritable.

L'ascendant ne s'est jamais désinvesti de la généralité de ses biens. Il les divise lui-même à ses plaisirs et volonté. Le désaisissement est successif et spécial, chaque descendant n'a jamais eu la propriété de ce qui est entré dans le lot des autres, car les biens ne sortent de la possession de l'ascendant que pour passer immédiatement dans celle de chacun d'eux. Leur rôle à tous n'est donc qu'une acceptation de la donation particulière qu'ils reçoivent, dont la régularité et l'existence actuelle n'a nul besoin de de leur concours, ni de leur consentement.

En réalité donc, il n'intervient et ne peut intervenir de contrat de descendant à descendant. Le partage anticipé n'est qu'une donation qui se renouvelle autant de fois qu'il y a de parts à faire, et dont l'intérêt pour chacune d'elles se concentre entre celui qui reçoit et celui qui donne. Mais les donataires entre eux n'ont jamais été dans l'indivision que le contrat supposé aurait eu pour objet de faire cesser.

Ce principe vient d'être formellement consacré par la Cour de Cassation. Dans une espèce qui lui était soumise, la Cour d'Amiens avait vu dans le partage fait par l'ascendant, d'abord la donation créant une indivisibilité

entre les ascendants, ensuite un contrat particulier à ceux-ci, ayant pour objet de faire cesser l'indivision.

Mais, sur le pourvoi dont il a été l'objet, l'arrêt d'Amiens a été cassé par la Cour suprême, le 4 juin 1849 : *Attendu qu'on ne saurait voir dans cet acte, comme l'a fait la Cour d'Amiens, deux contrats distincts, indépendants, dont l'un, donation du père aux enfants, aurait saisi immédiatement ceux-ci de la propriété indivise des biens donnés, dont l'autre étranger au donateur, exclusivement personnel aux donataires, aurait eu pour objet le partage de ces biens ; qu'on ne peut briser de la sorte l'unité d'un contrat dont toutes les stipulations concourent au but que le père de famille déclare s'être imposé, sans dénaturer le caractère de l'acte*[1].

Cet arrêt est d'autant plus remarquable que, dans l'espèce, le père de famille avait donné tous ses biens à ses enfants qu'il avait ensuite dirigés dans le partage consenti par eux. On ne devrait donc pas résister lorsque c'est le père lui-même qui, procédant au partage, a formé les parts, et que les enfants ne sont intervenus que pour accepter celle qui lui est attribuée.

Chacun des descendants n'est donc qu'un donataire. Comment donc lui reconnaître le droit et lui faire un devoir de se plaindre de la lésion relativement à d'autres donations qu'il n'a pu régler, ni empêcher ? Dans un moment surtout où il n'existe pas même encore une lésion appréciable, ainsi que nous venons de l'établir.

Sous un autre rapport, la demande en rescision serait plus irrecevable encore. L'ascendant, tant qu'il vit, est l'arbitre souverain de sa fortune et de la disposition à

[1] D. P., 49, 1, 307.

laquelle il lui convient de recourir. Il peut donner tout à l'un, ne donner rien à l'autre, investir même un étranger de l'universalité de ses biens, sans que les héritiers futurs. même légitimes, puissent l'en empêcher ni s'en plaindre. Incontestablement, la faculté de donner le tout implique celle de créer des portions inégales, sauf les réclamations que la mort du donateur soulèvera et pourra faire consacrer, quant à ce, si cette inégalité va jusqu'à entamer la réserve légale, ou constitue pour un des portionnaires un préjudice de plus d'un quart.

Mais si d'une part, et pendant la vie de l'ascendant, le descendant n'est que donataire; si d'autre part le premier n'a, dans les libéralités qu'il concède, d'autre règle à suivre que sa volonté ou ses caprices, la conséquence rigoureuse n'est-elle pas que l'enfant ou descendant ne pourra être admis à se plaindre? Il pouvait ne rien recevoir, et, parce qu'il a reçu quelque chose, on l'admettrait à quereller la détermination du père de famille, qu'on l'eût forcé de respecter dans le premier cas?

Admettez que la demande de l'enfant fût recevable, quelle sera la conséquence de l'action accueillie par la justice? La rescision de l'acte et, par une déduction logique, la reprise de possession par l'ascendant de la masse partagée et le refus absolu de procéder à un nouveau partage. Ce qui arrivera, peut-être, c'est que, pour punir celui qui a fait annuler son œuvre, l'ascendant délaissera l'intégralité de sa fortune à ses autres enfants, heureux encore si, pour punir ce qu'il considérera comme un acte de désobéissance et de rébellion, il ne cherche pas à dénaturer sa fortune pour avantager, par la fraude, celui qu'il avait voulu favoriser. Obliger l'enfant à attaquer du vivant de l'ascendant, c'est donc le contraindre à agir

contre son propre intérêt; c'est l'exposer à perdre plus encore que ce que la réussite de son action serait dans le cas delui faire gagner.

L'article 1079, dit-on, fait obstacle à ce résultat. Il consacre en effet le désinvestissement de l'ascendant dès que le partage est par lui régulièrement consommé. Dès cet instant cesse aussi la liberté illimitée qu'il avait de disposer de ses biens, il n'y a plus qu'une question d'égalité intéressant les descendants et les concernant dès lors exclusivement.

Erreur évidente et certaine. Il est bien vrai que l'acte de partage désinvestit l'ascendant et cela par la raison toute simple que ce partage constitue cette disposition qu'il était libre de réaliser ou non. En conséquence, tant que ce partage existe, le désinvestissement est incontestable, mais la rescision qui viendrait l'atteindre en ferait cesser tous les effets et autant en ce qui concerne l'ascendant, que par rapport aux descendants eux-mêmes. Les droits du premier revivraient donc en leur entier, avec d'autant plus de raison et de certitude que seul il a des droits sur la masse totale, chaque copartagé n'ayant jamais pu posséder que la part que lui attribuait le partage.

Ne perdons donc pas de vue, d'ailleurs, que l'ascendant ferait justement observer que son désinvestissement n'avait été par lui consenti qu'à condition que sa volonté ne rencontrerait aucun obstacle. Or, la rescision, détruisant l'édifice par lui organisé, fait disparaître cette condition; il reprend la propriété dont il s'était dépouillé et il rentre dans la faculté de retenir ses biens ou de les abandonner de nouveau.

Pour que l'article 1079 pût avoir pour effet de faire survivre le désinvestissement de l'ascendant aux conditions

l'ayant déterminé, il faudrait que le législateur eût fait un devoir d'attaquer le partage de son vivant. Mais l'article 1079 est muet à cet égard, et ce n'est que par une induction fort hasardée qu'on prétend établir le contraire.

En effet, dit-on, de toutes les difficultés communes aux partages après décès et aux partages anticipés, il n'en est pas une qui, déjà prévue au chapitre VI du titre *Des successions,* ait été, on ne dira pas de nouveau et spécialement réglée, mais simplement rappelée dans le chapitre VII du titre *Des donations et testaments;* ne faut-il pas en conclure que le rappel dans l'article 1079, d'une faculté écrite dans l'article 887, est la preuve que le législateur a voulu faire partir le délai de dix ans du jour de l'acte ?

Non certes, telle n'est pas la conclusion à tirer du rapprochement des articles 887 et 1079. Si ce dernier est explicite sur la faculté d'attaquer le partage anticipé pour cause de lésion de plus du quart, c'est que le législateur, introduisant un droit nouveau, ne pouvait pas ne pas s'en expliquer.

Dans notre ancien droit, en effet, l'action en lésion, ouverte contre les partages après décès, n'était pas admise contre le partage fait par l'ascendant lui-même. Fidèles aux inspirations du droit romain, on considérait ce partage comme l'exercice d'un acte de la puissance paternelle qu'il fallait respecter, alors même qu'il portait atteinte à la part légitime que chaque enfant aurait dû rigoureusement recevoir [1].

C'est ce droit que le législateur voulait abroger, et cette abrogation ne pouvait résulter de l'article 887, uniquement relatif aux partages après décès. Il fallait donc,

Furgole. *Des testam.*, ch. VIII, sect. 1re, nos 149 et suiv.

puisqu'on affectait une section du Code aux partages faits par l'ascendant, y inscrire la pensée de la nouvelle doctrine, sans quoi on n'eût pas manqué d'induire, du silence du législateur, que ces partages restaient inattaquables comme sous l'ancien droit. Voilà le motif unique du rappel, dans l'article 1079, de la faculté déjà inscrite dans l'article 887 pour les partages après décès. Ce rappel, ainsi motivé, il est impossible d'en conclure ni que le législateur ait voulu déroger en rien à la faculté qu'a l'ascendant de disposer pendant sa vie à ses plaisir et volonté, ni surtout que les enfants ou descendants puissent, avant d'avoir acquis la qualité d'héritier, quereller cette disposition, ni moins encore qu'ils doivent l'attaquer pendant la vie du donateur.

923. — La conséquence logique que nous tirons de ces prémisses, c'est que la prescription du droit ne court que du jour du décès. C'est ce que la Cour d'Aix a jugé le 7 juillet 1842. Son arrêt, rédigé par le savant magistrat M. le président Lerouge, résume puissamment les raisons de décider que cette opinion peut invoquer. A ce titre, il clora notre discussion beaucoup plus convenablement que ne le feraient nos propres observations :

« Considérant que l'ascendant qui fait, par un acte entre vifs, un partage entre ses descendants, ne donne et n'entend donner, à chacun d'eux, que les biens compris dans le lot qu'il lui attribue individuellement; que dès lors ce partage rend, il est vrai, chaque copartagé propriétaire de son lot, mais ne lui confère aucuns droits sur les biens compris dans les lots des autres descendants, et par conséquent ne confère aux différents copartagés aucun droit de propriété sur la masse des biens

faisant l'objet du partage; et comme il est d'ailleurs incontestable qu'avant le partage entre vifs les descendants n'avaient aucun droit acquis sur les biens de l'ascendant donateur, on doit en conclure : qu'après, comme avant le partage entre vifs fait par un ascendant, les descendants n'ont, durant sa vie, aucun droit de copropriété sur la masse des biens compris dans le partage ;

» Considérant qu'à la mort de l'ascendant, ses descendants, appelés à recueillir sa succession, sont, de plein droit, saisis de l'universalité de ses biens; que, dès ce moment, ils ont un droit de copropriété tant sur tous les biens existants au jour du décès, que sur ceux qu'on y réunit fictivement pour former la masse, sur laquelle doivent être calculées la quotité disponible et la réserve légale; mais qu'ils tiennent ce droit de copropriété, non de la volonté de leur auteur, mais de celle de la loi, en un mot, de la qualité d'héritier, qui ne leur est acquise que du jour du décès de l'ascendant donateur;

» Considérant que celui qui attaque le partage entre vifs, fait par l'ascendant, a pour but : d'obtenir un nouveau partage des biens compris dans l'acte dont il demande la rescision; d'où il suit que l'action en rescision ne peut être intentée que par celui qui aurait qualité pour demander un nouveau partage;

» Considérant que pour former une demande en partage, il faut avoir un droit actuel de copropriété sur la chose à partager, soit que ce droit dérive de la qualité d'héritier, soit qu'il dérive d'un titre, tel que l'acquisition en commun, ou la donation faite à plusieurs d'une chose indivise;

» Considérant que, du vivant du donateur, le copartagé qui attaque, pour cause de lésion, le partage entre

vifs fait par l'ascendant, et qui par suite demande un autre partage, n'a d'autre titre que le partage lui-même, acte lui conférant seulement la propriété de son lot, et non la copropriété de la masse des biens ayant fait l'objet du partage; que le droit de copropriété sur la masse ne peut dériver pour lui que de la qualité d'héritier, laquelle ne lui est acquise que du jour du décès de l'ascendant donateur; d'où la conséquence que le copartagé n'a ni qualité, ni titre pour attaquer, durant la vie de l'ascendant donateur, le partage entre vifs faits par celui-ci entre ses descendants;

» Considérant qu'on objecterait vainement que le titre du copartagé réside dans l'article 1079 du Code civil, suivant lequel le partage fait par l'ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus du quart;

» Considérant que ni dans le passage invoqué, ni ailleurs, il n'est dit que le copartagé pourra attaquer du vivant de l'ascendant; qu'on est donc obligé de supposer, pour un cas unique, l'existence d'une faculté toute spéciale qui ne se trouve nulle part écrite dans la loi et qu'il eût été nécessaire de formuler en termes explicites; qu'une telle faculté serait, ainsi qu'on l'a précédemment établi, en contradiction manifeste avec ce principe incontestable : que l'action en partage n'appartient qu'à celui qui a un droit actuel de copropriété sur la chose à partager;

» Que non seulement l'article 1079 ne dit pas que le copartagé aura le droit d'attaquer le partage entre vifs durant la vie du donateur, mais qu'il suppose le contraire; qu'en effet cet article permet d'attaquer le partage dans trois cas : 1° s'il est fait par acte entre vifs; 2° s'il est fait par acte testamentaire; 3° s'il résulte du partage et des

dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet;

» Que, dans les deux derniers cas, le copartagé, ne peut, évidemment, attaquer le partage que lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire après le décès de l'ascendant donateur; que, pour ces deux cas, l'article 1079 décide donc implicitement que le partage ne pourra être attaqué du vivant du donateur; que, dès lors, il n'est pas permis de supposer que le législateur, sans le dire et contrairement à tous les principes, a voulu créer, pour le premier cas, un droit exorbitant qui autoriserait le copartagé à attaquer le partage entre vifs, non pas seulement après le décès, mais encore durant la vie de l'ascendant donateur.

» Considérant, sous un autre point de vue, que l'ascendant, peut, durant sa vie, disposer de sa fortune de la manière la plus absolue, suivant sa volonté et même ses caprices; que si, s'abandonnant à des passions mauvaises, il avait recours à de coupables manœuvres pour enrichir les complices de ses égarements au préjudice des héritiers du sang, ses actes, quelques dommageables qu'ils fussent, ne pourraient être attaqués qu'après sa mort; qu'il en serait de même, à plus forte raison, si, par acte entre vifs, l'ascendant disposait de sa fortune entière en faveur de l'un de ses descendants; qu'il n'est donc pas possible de comprendre comment le législateur, qui interdit aux descendants d'attaquer, du vivant de leur auteur, les actes par lesquels il dispose, à leur préjudice, de l'universalité de ses biens, les autoriserait, par une exception toute spéciale et non écrite, à attaquer, avant le décès de l'ascendant, un partage entre vifs, sous prétexte que les biens ne sont pas également distribués entre eux; qu'en permet-

tant à l'un des copartagés d'attaquer, pour cause de lésion de plus d'un quart, le partage entre vifs fait par son auteur, la loi a voulu non pas apporter des restrictions et des entraves au pouvoir absolu de l'ascendant sur sa fortune pendant sa vie mais empêcher que, sous prétexte de faire entre ses descendants la distribution de ses biens, il ne blessât trop ouvertement le principe d'égalité qui doit présider aux partages ou même qu'il portât atteinte à la réserve légale de ses descendants; et comme la qualité d'héritier peut seule donner à ceux-ci le droit de demander le partage ou de réclamer la réserve légale, il en résulte que l'exercice de l'action qui leur complète à cet égard, aux termes de l'article 1079, se trouve suspendu jusqu'au décès de l'ascendant, puisque c'est à cette époque seulement que la qualité d'héritier leur sera acquise. »

924. — Il est certes difficile de détruire avec plus de force, avec plus de certitude, les raisons déterminantes d'une opinion. Ces motifs, avoués par la raison et le droit, devaient faire maintenir l'arrêt, si la partie l'avait déféré à la Cour suprême. Celle-ci n'eût fait, d'ailleurs, que hâter la décision qu'elle a rendue plus tard. En effet, revenant sur sa propre jurisprudence, la Cour suprême a adopté la doctrine qu'elle avait plusieurs fois repoussé et cassé, en conséquence, un arrêt de Toulouse fixant au jour de l'acte le point de départ de la prescription [1].

On peut donc considérer la controverse comme tendant à s'effacer. L'avenir du système qui fait courir la prescription du jour du décès de l'ascendant donateur nous paraît désormais assuré [2].

[1] 2 août 1848. — D. P., 48, I, 174.

* [2] L'action en rescision, même lorsqu'il s'agit d'un partage par acte entre-vifs, ne pouvant être exercée par les descendants copar-

925. — Le partage après décès sera nécessairement inégal, si l'un des cohéritiers a diverti l'actif de la succession ou exagéré le passif à son profit personnel. Il importe peu, dans ce cas, que la lésion atteigne ou non les proportions exigées par l'article 887. Il ne s'agit plus, en effet, de faire rescinder le partage, mais de le compléter en opérant la division des choses qu'il ne pouvait pas comprendre. Aussi, l'article 792 qualifie-t-il lui-même de demande de partage supplémentaire le droit qu'il accorde.

926. — Dans ce nouveau partage, la position du recéleur est nettement dessinée par le législateur. Il ne peut, à aucun titre, prétendre aucune part dans les objets qu'il est condamné à restituer à la succession. Nous l'avons déjà dit, en pareille matière la loi applique la peine du talion dans toute sa rigueur. L'auteur du recélé voulait

tageants qu'en leur qualité d'héritiers, ne s'ouvre que par le décès de l'ascendant.—Troplong, IV, 2231.— Marcadé, *Revue pratique*, 1851. I, p. 280.—Demolombe, XXIII, 220.— Réquier, nos 231 et suiv.— Aubry et Rau, VIII, § 734, p. 41. — *Contrà*. — Laurent XV, 116.

Il s'ensuit que ce n'est qu'à partir du décès de l'ascendant, et non à compter du jour même du partage, que l'action en rescision devient prescriptible.—Demolombe, XXIII, 225.—Aubry et Rau, *Loc. cit.*—Civ. cass. 16 juillet 1849, Sir. 49, I, 622. — *Contrà*, Req. 12 juillet 1836, Sir. 36, I, 534.

Mais quand le partage a été fait par acte entre vifs, la prescription s'accomplira, conformément à l'art. 1304 C. civ., par dix ans à dater du décès de l'ascendant. (*Voy.* Aubry et Rau, *Loc. cit.*); tandis que, s'il s'agit d'un partage testamentaire, l'action en rescision ne se prescrira que par trente ans à partir de cette époque. — Troplong, IV, 2231. — Colmet de Santerre, IV, 247 *bis*.— Demolombe, XXIII, 216. — Aubry et Rau, *Loc. cit.*— Civ. cass. 25 nov. 1857, Sir. 58, I, 209. — M. Duranton pense que la prescription s'accomplit encore dans ce cas par 10 ans (IX, 646).

frustrer ses cohéritiers de la part leur revenant, il sera privé de la sienne.

Les juges ne sauraient, dans la poursuite de ce but, déployer une trop grande sévérité. Les choses, en effet, ne sont pas égales. Les réclamants ont le devoir de prouver la soustraction, ce qui est difficile, et ce qui l'est bien davantage, le chiffre exact auquel elle s'élève. Nanti frauduleusement de ce qui ne lui appartient pas, le recéleur a pour lui d'abord la chance de n'être pas convaincu, ensuite l'incertitude qui règnera forcément sur le montant de ce qu'il devra restituer. De telle sorte que, même après condamnation, il pourra lui rester une indemnité plus que suffisante des effets de cette condamnation. C'est à la justice des tribunaux à compenser et à faire disparaître cette inégalité, dût sa décision aller au delà de la vérité. L'équité n'en serait nullement blessée. Obliger un voleur à rendre plus qu'il n'a pris ne saurait être envisagé comme un malheur trop regrettable, car le préjudice qui en résulterait ne serait qu'une conséquence de son improbité même.

Il n'y a donc pas à hésiter. Le recélé étant constant, on ne doit pas craindre d'élever le chiffre de la condamnation autant que le permettra la plus stricte vraisemblance.

927. — Le caractère du détournement ressort suffisamment du fait lui-même. Celui qui s'empare de ce qu'il sait ne pas lui appartenir, qui s'efforce de le retenir à son avantage exclusif, serait mal venu à prétendre avoir agi de bonne foi. Sa conduite est en contradiction flagrante avec son allégation. On ne pourrait donc accueillir celle-ci que si, appuyée de faits décisifs, elle se trouvait justi-

fiée par des considérations de nature à détruire la présomption que la première fait naître.

On reconnaîtra donc le recélé punissable, à la réunion de ces deux conditions : 1° la possession illégitime d'un objet appartenant à la succession réalisée à l'insu des intéressés ; 2° l'intention de s'en appliquer exclusivement le profit [1]. A ce titre, le fait d'avoir détourné des titres de créance au nom du défunt et d'en avoir obtenu le renouvellement en son nom constituerait évidemment la fraude punie par l'article 792 du Code civil.

928. — L'absence d'une de ces conditions fait disparaître toute culpabilité en rendant tout préjudice impossible. Ainsi, la possession étayée d'une prétention même injuste ou non admissible ne caractériserait pas la fraude. C'est par ce principe qu'on a admis que le cohéritier, avouant la détention de la chose prétendue commune, mais qui déclarerait l'avoir reçue en don du défunt lui-même, n'encourrait pas la peine du recélé, alors même que, succombant dans ses prétentions, il serait condamné à rapporter la chose à la masse commune [2].

929. — Il ne fraudrait pas cependant donner à cette

* [1] La loi n'exige pas que les faits allégués comme constituant un recélé ou un divertissement aient le caractère de délits proprement dits ; mais il faut qu'ils aient eu lieu avec l'intention de spolier la succession et de porter atteinte à l'égalité qui doit exister entre cohéritiers. — Req. 14 mai 1868, Sir. 68, I, 343. — Civ. rej. 23 août 1869, Sir 69, I, 470.

Du reste, les faits et circonstances tendant à établir cette intention frauduleuse sont appréciés souverainement par les Juges du fond, et leur appréciation échappe au contrôle de la Cour de Cassation. Req. 14 déc. 1859, Sir. 60, I, 253. — Civ. rej. 17 mars 1869, Sir. 70, I, 299.

[2] Caen, 6 novembre 1827.

solution une extension trop grande. On s'exposerait autrement à annuler une peine dont le maintien est une sauvegarde essentielle au principe de l'égalité dans les partages. Forcé dans ses derniers retranchements, le recéleur ne manquerait pas de se rejeter, en désespoir de cause, sur une excuse devenue bientôt banale en matière de recélé. Il faut que cette excuse repose sur une évidente bonne foi, et celle-ci, à son tour, doit résulter de la conduite que le détenteur a suivie depuis le décès de l'auteur commun. S'il n'a jamais mis dans ses actions le moindre mystère, s'il n'a jamais caché la possession, s'il en a lui-même révélé l'existence en indiquant le titre en faveur duquel il la détenait, on croira à sa bonne foi, qu'une conduite contraire ferait inévitablement repousser. Celui qui ne cache rien prouve suffisamment qu'il n'a rien à cacher, ce qui ne se réalise jamais dans le cas de fraude. Dès lors, le titre invoqué, même annulé par les tribunaux, ne laisse pas de légitimer la possession jusqu'au moment de la sentence.

930. — Il n'y aurait pas non plus divertissement prohibé dans la détention d'effets déjà portés dans l'inventaire. L'article 892 ne punit que la soustraction que le cohéritier n'a ni connue, ni pu connaître, et rencontrant dans cette ignorance même les plus grandes chances de réussite. Or, la mention insérée dans l'inventaire dissipe toute idée d'ignorance et sauvegarde l'intérêt commun, chaque cohéritier pouvant, dès lors, facilement exiger qu'il soit fait raison de ces effets. L'omission de cette réclamation est alors considérée plutôt comme le résultat d'un accord tacite, que celui d'une fraude du défendeur.

Si cependant celui-ci laisse le partage s'accomplir sans recombler les effets communs et sans tenir compte de leur valeur, on pourrait le considérer comme ayant véritablement recélé, surtout si l'absence de réclamations de la part des copartageants n'est que la conséquence de la persuasion que les objets ont péri, faussement inspirée par celui-là même qui les détient.

931. — Il résulte, en outre, de ce qui précède, qu'on ne pourrait appliquer la peine de l'article 792 au cohéritier qui, détenant à l'insu des autres des valeurs de la succession, en aurait, de lui-même et avant toute réclamation des intéressés, indiqué et signalé l'existence. La bonne foi d'une telle démarche ressort avec une telle évidence, qu'elle effacerait le vice de la possession, alors même qu'elle n'aurait pas pour résultat de rendre tout préjudice impossible.

Mais il importe que l'indication, pour qu'elle produise cet effet, soit le fait d'une volonté spontanée et libre de la part de celui qui la donne. Celle faite après la demande de restitution manquerait de ce caractère ; elle ne serait plus qu'un aveu arraché par l'évidente justice de cette demande, par la crainte d'une condamnation dès lors imminente et le désir d'en éluder les effets. Elle resterait donc sans influence à l'endroit de cette condamnation et des conséquences devant en résulter. Il serait immoral de laisser indemne celui qui a persisté dans sa déloyauté tant qu'il a pu se flatter qu'elle resterait inaperçue, et qui, se voyant découvert, n'a plus qu'un intérêt, à savoir : retenir sa part des objets qu'il projetait de s'appliquer intégralement. Conséquemment, présumée faite dans cette intention, la reconnaissance qu'il ferait resterait

sans effet, à moins que par le peu d'importance des ojbets recélés on ne dût admettre que sa tardiveté est due à un oubli présumable.

Ainsi, il y a recélé punissable toutes les fois qu'une chose a été distraite de la masse frauduleusement et à l'insu des communistes ; et que l'intention d'en profiter à leur détriment n'a pas été abandonnée spontanément et avant toute réclamation de ceux-ci.

932, — Dans l'application de la peine édictée par l'article 792, on n'a pas à se préoccuper de l'époque à laquelle remonte le divertissement reproché. Celui consommé avant la mort de l'auteur commun se trouve atteint aussi bien que celui qui l'aurait accompagné ou suivi. Dans le premier cas, seulement, la présomption d'une libéralité acquerrait une plus ou moins grande importance, suivant que la vie de l'auteur se serait depuis plus ou moins prolongée.

933. — Ce que la loi a voulu prévenir par l'article 792, c'est l'inégalité dans les parts, alors que les droits sont égaux; c'est le préjudice résultant pour une partie de l'atteinte à cette grande règle. Or, cette atteinte existera soit qu'on fasse disparaître l'actif directement par une soustraction, soit indirectement en exagérant sciemment le passif.

Conséquemment, l'héritier qui par collusion avec un tiers ou qui, après avoir simulé des dettes, prétendra les avoir payées et donnera ainsi lieu à des prélèvements devant tourner à son avantage, se rendra coupable de recélé et encourra justement la peine prononcée par la loi. Les tiers, complices de la fraude, pourront être solidai-

rement poursuivis et condamnés à la restitution du montant de ces prélèvements.

934. — La privation de toute part sur les valeurs recélées est prononcée par la loi, comme indemnité du préjudice éprouvé par les intéressés. Il semble dès lors que les parties ne pourraient demander et les juges prononcer d'autres dommages-intérêts. Cependant, s'il était prouvé *qu'un préjudice*, autre et plus important que celui résultant de la privation momentanée de la chose, a été réellement souffert par les cohéritiers ou par l'un d'eux, les juges pourraient en ordonner la réparation. N'oublions pas que la fraude du recéleur est assimilable au dol, et qu'en cette dernière matière, les dommages-intérêts doivent s'étendre aux conséquences immédiates et directes de l'acte.

935. — Le recélénte daté nature à léser d'autres intérêts que ceux des cohéritiers, la loi en a réglé les conséquences par rapport aux tiers. Nous en parlerons en traitant des droits des créanciers contre les fraudes de leurs débiteurs.

936. — Nous terminerons ce qui est relatif aux cohéritiers par cette observation que la minorité du recéleur ne serait pas un obstacle à l'application de la peine, en ce qui concerne la privation de toute part dans les objets recélés. Que le mineur ne puisse pas être héritier pur et simple, c'est un privilège que la loi a formellement garanti, mais tenu de son dol, il doit l'être de sa fraude, surtout lorsque cette fraude est, comme nous venons de le rappeler assimilable au dol; rien n'empêche donc de le

punir comme le serait le majeur, c'est-à-dire qu'ayant volontairement voulu priver ses cohéritiers d'une partie de ses droits, il est juste qu'il perde les siens dans une proportion légale.

Bien entendu que le mineur ne peut être responsable que de son fait personnel : ainsi, le recélé était l'œuvre de son tuteur, on ne saurait, sous aucun prétexte, en exciper contre lui, seulement il serait tenu de restituer le profit illégitime qui lui en serait revenu.

FIN DU TOME II

TABLE

DU TOME DEUXIÈME

Chapitre III. Section IV. § II. — De la prise à partie. 1
Section V. — Dol imputable aux officiers ministériels. 23
Chapitre IV. — Ces fins de non-recevoir contre l'action. 60
Section I. — De la chose jugée. 62
Section II. — De la ratification. 116
Section III. — De la prescription. 155

De la Fraude

Observations générales. 187

Chapitre I. — De la fraude. 190
Section I. — De la fraude présumée. 192
Section II. — Preuve de la fraude non présumée. . . 273
Chapitre II. — Fraudes contre la partie contractante. 315
Section I. — Fraudes dans les mariages. 317
§ I. — Fraudes dans les stipulations matrimoniales. . 318
§ II. — Fraudes pendant le mariage. 338
§ III. — Fraudes à la dissolution du mariage. 429
Section II. — Fraudes dans les partages. 448

Havre. — Imprimerie du Commerce, 3, rue de la Bourse.

JUN JUIN 1 2 2001

Réseau de bibliothèques Université d'Ottawa Échéance	Library Network University of Ottawa Date Due
MAR 2 5 2009 MAR 2 0 2009	